This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 778 526

FAGGELLA

Presunzioni che accompagnono il sorgere e lo sparire del subbieto di dritto naturale

1902

COMP
906
FAG

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

PROPERTY OF
CATALOGUED
PAMPHLET
COLLECTION
HARVARD LAW LIBRARY

Al sommo giureconsulto
On: prof. Luigi Lucchini
p. omaggio
L'autore

Avv. GABRIELE FAGGELLA
CONSIGLIERE ALLA CORTE DI APPELLO DI MESSINA

PRESUNZIONI

CHE ACCOMPAGNONO IL SORGERE E LO SPARIRE

DEL

SUBBIETTO DI DRITTO NATURALE

NEL

CODICE CIVILE GERMANICO COMPARATO

MODENA
PRESSO LA DIREZIONE DELL' ARCHIVIO GIURIDICO

1902

Prezzo L. 6,00

BIBLIOTECA LUCCHINI
10457
N.° d' ord. 7614
Digitized by Google

RIVISTA

DI

DIRITTO E GIURISPRUDENZA - PATOLOGIA SPECIALE E MEDICINA FORENSE

SUGLI

INFORTUNI DEL LAVORO

E SULLE DISGRAZIE ACCIDENTALI

DIRETTORI

Avv. ENRICO SERAFINI
Professore
di diritto nella R. Università
di Modena

Dott. LORENZO BORRI
Professore
di Med. legale nella R. Università
di Modena

Esce mensilmente in fascicoli di 48 colonne in-4°

L'associazione è annuale al prezzo di L. **10** anticipate (Fr. **12** per l'Estero).

L'associazione non disdetta entro il mese di Dicembre si intende rinnovata per l'anno successivo.

Prezzo di ogni fascicolo separato L. **1** (Estero Fr. **1,50**).

I fascicoli, che eventualmente non arrivassero a destinazione, devono essere reclamati entro un mese dal giorno della pubblicazione.

Le associazioni si ricevono presso la *Amministrazione della Rivista sugli Infortuni del lavoro* in Modena, 17, Corso Umberto I (già Canalgrande).

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

CHINI

Avv. GABRIELE FAGGELLA
CONSIGLIERE ALLA CORTE DI APPELLO DI MESSINA

PRESUNZIONI

CHE ACCOMPAGNONO IL SORGERE E LO SPARIRE

DEL

SUBBIETTO DI DRITTO NATURALE

NEL

CODICE CIVILE GERMANICO COMPARATO

MODENA
PRESSO LA DIREZIONE DELL' ARCHIVIO GIURIDICO

1902

Digitized by Google

Forty
F

Estratto dall'*Archivio giuridico « Filippo Serafini »*.
Vol. IX, fasc. 3, X, fasc. 1 (dell'intera collezione LXVIII-LXIX, 3, 1)

DEC 2 0 1930

Modena, Società Tipografica Modenese.

Digitized by Google

Capo I.

1. Concetto fondamentale del subbietto naturale di dritto. Suo inizio. — 2. Dritto romano Opinione prevalente. — 3. Presunzione di vitalità. Dritto francese e italiano. — 4. Presunzione di vitalità. Origine. — 5. Confusione fra la presunzione di legittimità e quella di vitalità. — 6. Concetto della presunzione stabilita dai legislatori civili. — 7. Questioni controverse sulla presunzione di vitalità. — 8. Dritto controverso sul concetto stesso di questa presunzione. Tre teorie. — 9. Suddivisione della terza teoria. Teorie dei romanisti. — 10. Teorie moderne. — 11. Legislazioni comparate. — 12. Dissensi legislativi.

1. Non è possibile concepire una capacità giuridica senza un subbietto, al quale essa è inerente. Questo subbietto è la persona, la quale può essere o naturale o semplicemente giuridica. Onde la personalità non è altro che una subbiettività giuridica. A rigore, e secondo l'ordine naturale, la persona umana dovrebbe essere la sola subbiettività giuridica, perchè *hominum caussa omne ius constitum est*. Ma le condizioni storiche speciali, ormai sparite, condussero alla necessità di negare a certi uomini il carattere della personalità giuridica; e altre necessità economiche, giuridiche, sociali, hanno fatto allargare il campo del subbietto di dritto, estendendolo ad esseri non umani, ad enti meramente patrimoniali o astratti. Persona adunque è ogni entità per legge capace di dritti, fisica o giuridica, a seconda che si compenetri in esseri umani o in enti astratti.

La personalità giuridica umana o la persona fisica incomincia colla nascita dell'uomo, dal momento cioè in cui s'inizia l'esistenza

Digitized by Google

naturale. Talchè la subbiettività giuridica è inseparabile dall'esistenza fisica; e questo carattere d'inseparabilità dell'una dall'altra è il concetto fondamentale della costruzione giuridica della persona naturale nelle legislazioni moderne, tranne, s'intende, le necessarie limitazioni consigliate da varie ragioni di ordine pubblico.

Il codice germanico non poteva discostarsi, nè si discosta, da questo principio generale, e al paragrafo primo stabilisce che « la capacità giuridica dell'uomo comincia col compimento della nascita ».

Questa formola merita di essere illustrata di fronte all'insegnamento del diritto romano e del dritto comune, nonchè rispetto alle altre legislazioni contemporanee, e massime all'italiana.

2. Nel dritto romano, per l'esistenza della persona naturale come subbietto di dritti, secondo la prevalente dottrina, che potrebbe dirsi *communis opinio*, sono richiesti i seguenti requisiti essenziali: *a)* che l'uomo sia nato, cioè sia avvenuta la sua perfetta separazione dal corpo della madre; *b)* che sia nato vivo: sul proposito i proculeiani ritenevano come indispensabile segno di vita la voce del neonato, e i sabiniani si contentavano di qualsiasi altro segno, e, in fine, Giustiniano, componendo il dissidio, adottò questa seconda opinione (1); *c)* che sia nato vitale; *d)* che abbia forma umana. La prova che una persona sia nata viva spetta a chi su essa fondi l'esistenza delle sue pretese giuridiche. Non hanno nessuna influenza i mezzi coi quali si sia attenuta la separazione del feto dall'alvo materno (2). Prima di questa sua separazione esso non è che « *mulieris portio vel viscerum* (3); e la morte, che avvenga in qualunque momento prima, distrugge ogni speranza di esistenza: *qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia nequaquam liberi appellari potuerunt* (4).

E al contrario, come dichiarò Giustiniano nella citata costituzione de *post. hered.*, si ha sempre l'esistenza, quantunque il neonato muoia immediatamente dopo la separazione: licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit; nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si

(1) Const. 3 Cod. *de postum.* (VI, 29).

(2) L. 12 pr. Dig. *de lib.* (XXVIII, 2).

(3) L. 1, Dig. *de inspic. ventre* (XXV, 4); L. 9, Dig. *ad leg. Falc.* (XXXV, 2).

(4) L. 129, Dig. *de verb. signif.*; L. 16 eod.

Digitized by Google

vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium (1).

3. Nella legislazione francese e nell'italiana del pari si richiedono, per l'esistenza della subbiettività giuridica naturale, la nascita, la vita e la vitalità, come in quelle altre legislazioni, che in ciò hanno seguito il principio predominante dei romanisti (2).

Nel dritto francese vi ha, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, una presunzione di non vitalità, quando il fanciullo nasca prima del 180° giorno dal suo concepimento (art. 312 e 314 cod. fran.) (3). Nel dritto italiano questa presunzione non è pacificamente ammessa. La negano il Pacifici-Mazzoni (4) e il Serafini (5), i quali sostengono che l'art. 160 del codice civile si riferisce alla presunzione di legittimità e non a quella della vitalità, e che il nostro legislatore lascia all'esame e all'apprezzamento particolare, caso per caso, la questione sulla vitalità, senza stabilire alcuna presunzione.

Segue la loro opinione il Chironi, il quale afferma che « la legge non determina alcun periodo di tempo il cui decorso valga a definire la questione della vitalità, facendola presumere, nè lo poteva, perchè il decorso del tempo non può dar modo a ritenere l'esistenza di condizioni essenziali alla vita, che facciano invece difetto nell'organismo del nato (6) ». Altri, al contrario, l'ammettono, argamentandola dal precitato art. 160, opinando che il periodo

---

(1) Savigny, Vol. I, § LXI; — Arndts-Serafini, § 25; — Vangerow, § 22; — Hölder, *Inst.*, § 22; — Serafini, *Ist.*, Vol. I, § 4; — Windscheid, p. 1ª, § 53; — Brinz, § 50; — Bekker, § 45; — Polignani, Sinossi, § 20; — Dernburg, I, § 40; — Förster, § 19; — Beseler, § 56.

(2) Arg. dagli art. 314, 725 e 906 cod. francese; art. 236, 646 e 822 LL. CC. ab.; art. 705 e 1153 cod. S.; art. 161, n. 3 e 724, n. 2 in relazione agli art.i 764 e 1083 cod. c. it.; — Zachariae, I, § 52; — Duranton, VI, 74; — Toullier, IV, 97; — Laurent, I; — Pacifici-Mazzoni, II, n. 6 e 7; — Gianturco, *Ist. di dir. civ. it.*, § 7; — Chironi, *Ist.*, § 25.

(3) Zachariae, loc. cit.; — Duranton, Toullier, loc. cit.; — Grenier, *Trattato delle don.*, I, 100; — Chabot, *Trattato delle succ. sull'art. 725;* — Merlin, *Quest. v. vita*, § 1, n. 3; — Bourjon, *Le droit commun de la France*, tit. XVII, p. 1ª, chap. III, sect. I.

(4) II, n. 7, ult. ed.

(5) *Ist. d. dir. rom.*, § 4.

(6) *Ist.*, loc. cit.

Digitized by Google

dei 180 giorni sia il periodo minimo di gestazione uterina riconosciuto dalla legge (1).

La presunzione non è neppur senza contrasto nel dritto civile francese: è combattuta, fra gli altri, dal Laurent (2), dal Demolombe, il quale, respingendo la contraria opinione del Toullier, insegna che non si possa confondere la questione di vitalità con quella della legittimità, e che solo nel caso di dubbio si debba ritenere più probabile che il fanciullo nato nei 180 giorni dal matrimonio della madre sia nato non vitale (3). E in ciò segue il Demante (4). A noi sembra che il testo delle due legislazioni su questo argomento faccia sorgere la questione negl'identici termini. Basta tenere presenti le disposizioni degli art. 314 del codice Napoleone e 161 del codice civile italiano. È presso a che identico il n. 3 in ciascuno dei due articoli: racchiudono, sotto questo punto di vista, il medesimo concetto, salvo la differenza che noteremo.

4. Gli antichi interpreti, specialmente nella tradizione del dritto comune, scambiando la questione di legittimità con quella della vitalità, ripeterono per questa la presunzione relativa a quella.

La presunzione della non vitalità del nato prima del settimo mese è un errore, che mette capo a molti interpreti del diritto romano, specialmente antichi, i quali male interpretarono la L. 12 dig. *de statu hominum*, applicandola alla vitalità, mentre essa si riferisce alla presunzione di paternità e di legittimità. Questo errore, ripetuto nel dritto consuetudinario comune, massime nella prassi giudiziaria, ha influito sul pensiero dei compilatori del codice francese a segno, da far ritenere che sia stato tradotto in norma positiva del codice stesso. E a quest'affermazione giunge anche il Laurent, che pur nega ogni valore alla presunzione dei 180 giorni in tema di vitalità.

Il testo citato è di Paolo, tratto dal libro 19 dei suoi responsi. *Septimo mense nasci*, si esprime il giureconsulto, *perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*. Evidentemente, la frase *iustum filium esse* non può riguardare che la presunzione di paternità o di legittimità;

(1) Gianturco, op. cit., § 7.
(2) Vol. VIII, n. 548.
(3) *Traité des succ.*, Tom. pr., n. 187.
(4) Tom. III, n. 32 bis, II.

Digitized by Google

e sarebbe arbitrario estendere il concetto pauliano alla vitalità come condizione della capacità giuridica.

E lo stato degli studi romanistici sul proposito, almeno fra i maggiori scrittori, è in questo senso, cioè che la regola pauliana dei 182 giorni si riferiva alla presunzione di paternità (1).

5. Gravi dispute, nella compilazione del codice civile francese, sorsero in seno al consiglio di stato a proposito della formulazione dell'art. 314. Predominò in quelle animate discussioni il concetto erroneo del dritto comune, la confusione fra la presunzione di paternità e quella della vitalità. Il primo console insisteva che si fosse definita la vitalità coi segni mediante i quali la si dovesse riconoscere. Bérenger rispose che la non vitalità s'addiceva ad un aborto; il che equivaleva alla ripetizione dell'errore dell'antico dritto. Non dissimile fu la risposta di Tronchet, affermante che il nato nel termine s'intendeva e presumeva vitale; e il primo console, colla solita chiarezza e precisione, ripigliava che si fosse determinato quando il fanciullo si reputasse nato nel termine. E Tronchet: il fanciullo non s'intende vitale che a sette mesi. Bouley propose che si fosse stabilito essere il fanciullo vitale se abbia vissuto un periodo di tempo sufficiente a far ritenere che fosse atto a vivere, e però dichiararsi che il fanciullo nato nel 180° giorno del matrimonio e vissuto per dieci giorni potesse essere disconosciuto. Questa proposta ebbe l'approvazione del primo console, perchè statuiva una regola fissa. Si tentò ridurre questo termine di dieci giorni ad un solo giorno, ma il tentativo non riuscì (2). Senonchè il Tribunato si avvisò essere pericolosa la statuizione di un qualsiasi termine, e il termine fu soppresso dal progetto (3).

Da queste discussioni il Laurent crede dedurre che, secondo il codice, la vitalità non si provi con presunzioni, ma per constatazione scientifica di fatto o con testimonianze di persone presenti. In verità la proposta di Bouley modificata dal Tribunato, e passata nel codice, non autorizza a ritenere che la nascita prima del

---

(1) Savigny, Vol. I, § LXIII, appendice; — Arndts-Serafini, § 25, nota b; — Serafini, Vol. I, § 4.

(2) Locré, T. III, pag. 23 e 71 (seduta 14 brumaio anno X, nn. 9, 10 11 e 14, e 29 fruttidoro anno X, n. 5).

(3) Relazione del Trib., n. 6; Duvergier, n. 6; — Locré, tomo III, pag. 128; — Bigot-Préameneau, *Esposiz. dei motivi;* — Laurent, Vol. VIII, n. 548.

Digitized by Google

180° giorno dia luogo ad una presunzione di non vitalità. La negazione dell'azione di sconoscimento nell'ipotesi del n. 3 dell'art. 314 è giustificata da due motivi: dal principio che il nato non vitale non costituisca, secondo il sistema della legislazione francese, una persona, e dall'assenza di ogni interesse nel padre a sconoscere una persona naturalmente e giuridicamente inesistente (1).

La prima redazione dell'art. 314, proposta nel consiglio di stato, che subordinava l'ammissibilità dell'azione di sconoscimento alla sopravvivenza del figlio almeno per dieci giorni dalla nascita, implicitamente risolveva una questione di vitalità, secondo il numero dei giorni di vita del neonato; ma la sua modificazione e la definitiva formulazione, soppresso il termine, rendono la questione della vitalità una *quaestio facti*, non risolvibile mediante presunzioni.

6. L'art. 314 del codice francese corrisponde all'art. 236 delle LL. CC., all'art. 153 del codice sardo, all'art. 161 del codice civile italiano, tranne nel n. 3°, all'art. 117 del codice della Repubblica del Canton Ticino, che non annovera la vitalità fra i requisiti essenziali dell'esistenza della personalità umana, all'art. 77 del codice parmense, e all'art. 113 del codice estense. E il concetto di questi legislatori corrisponde anche a quello del legislatore russo (art. 119 e 125, Svod, lib, X), del codice per le provincie baltiche (132-137), della legge polacca del 1825 (art.[11] 272 e seg.), del codice spagnuolo (art. 108), del codice portoghese (art. 101), dei codici di Zurigo (647), di Berna (143), Argovia (158), Soletta (243), Grigioni (157), della Repubblica Argentina (240 e 246). Queste disposizioni si riferiscono alla questione di legittimità. Si presume concepito, dichiara il nostro legislatore nell'art. 160, durante il matrimonio il figlio nato non prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, nè dopo trecento dallo scioglimento o annullamento di esso.

Tutto il concetto, adunque, di questa disposizione riguarda la presunzione di legittimità: il legislatore non pensava affatto a farla dipendere da una presunzione di vitalità. In sostanza, si dovrebbe ammettere che il venir meno della presunzione *pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant*, pel nato prima del 180° giorno dal

---

(1) Quanto all'interesse del padre veggasi Duranton, III, 34; — Zachariae, parte II, lib. I, § 546, 3; — Laurent, voll. 3, n. 380; — Bigot-Préameneau, t. III, pag. 87; — Contra: Proudon, II, pag. 25; — Delvincourt, I, pag. 206.

Digitized by Google

matrimonio, dipenda dalla presupposizione legale che chi nasca prima del 180° giorno dal suo concepimento non sia vitale. Il che non è nel pensiero legislativo. È più logico ammettere che il legislatore abbia ritenuto probabile che il nato prima di quel termine sia stato concepito anteriormente al matrimonio, e che però non possa valersi di quella presunzione. Anzi il legislatore, per chi non si trovi nella prima ipotesi dell'art. 160, doveva presupporre la vitalità, perchè altrimenti ogni interesse pel padre a non riconoscere il figlio verrebbe meno. Tanto nell'art. 160 quanto nelle tre ipotesi dell'art. 161, il termine è misurato dalla celebrazione del matrimonio, non dal concepimento, momento ignoto e difficilmente determinabile con precisione: onde la vitalità contemplata nell'art. 161 n. 3 va intesa indipendentemente dall'epoca del concepimento, e dalla indagine se questo rimonti a un periodo anteriore o posteriore ai 180 giorni dalla nascita. Il punto di partenza da cui muove il legislatore per la misura del termine è il giorno della celebrazione del matrimonio, pei fini della presunzione di paternità. Ma v'ha ancora un argomento inconfutabile, che non pare sia stato avvertito finora dai sostenitori di questa dottrina.

La presunzione di vitalità sarebbe perfettamente inutile. Si presenta irresistibile il presente dilemma: o la impossibilità della vitalità per chi nasca prima del 180° giorno dal concepimento è verità assoluta, fisiologica, e la presunzione legale coincide con essa; ovvero non è tale, e la presunzione può svanire di fronte alla realtà. Nel primo caso la presunzione sarebbe inutile, perchè sempre si avrebbe la mancanza di vitalità, e però della subbiettività giuridica, e nel secondo, assurda, perchè la reale vitalità sussisterebbe malgrado qualunque presunzione contraria, e con quella la capacità giuridica. Quindi in ogni caso è la vitalità, come un fatto reale, non come presunzione, che determina o no la nascita e l'esistenza dell'uomo, subbietto di diritto.

7. La vitalità, come condizione della esistenza della subbiettività giuridica, se certamente è richiesta nella legislazione francese e nell'italiana, come era richiesta nella legislazione albertina (art. 705) e in quelle che le seguono, non è richiesta in altre, fra le quali è da annoverarsi il codice civile germanico. Essa è anche molto controversa nello stesso diritto romano e nel campo della dottrina.

Una schiera di autorevoli romanisti nega essere la vitalità una condizione della personalità umana nel dritto romano. Vi sono sul proposito tre teorie. La prima consiste nella sopra confutata opinione

Digitized by Google

della presunzione di vitalità, quando si nasca almeno 181 giorni dopo il concepimento; ed è seguìta da quasi tutti gli antichi interpreti, nonchè dal Glück (1) dallo Schweppe (2), dal Warnkönig (3) dal Göschen (4). E in Italia, sotto l'impero del codice civile, fu seguìta dal Pacifici Mazzoni prima della 3ª edizione delle sue istituzioni (5). Nella terza edizione (6) mutò avviso, adottando il parere del Serafini (7).

La seconda teoria nega recisamente essere la vitalità una condizione essenziale della personalità umana, ed è seguìta da una serie notevole di eletti scrittori. E, fra costoro, il Savigny l'ha con poderosi argomenti sostenuta, strenuamente combattendo la teoria opposta (8). E prima di lui, il Boemero (9) non aveva incluso fra i requisiti della personalità la vitalità, e riferisce alla legittimità la L. 12 dig. t. *de statu hom. Si porro*, egli afferma, *nati considerantur quoad statum legitimitatis, ulterius requiritur, ut iusto tempore fuerint editi, id quod in dubio praesumitur. Et quidem legitimum tempus post nuptias contractas olim erat septem mensium* (10). E prima del Boemero, il Corpzovius (11), Samuele Strichio (12), Schulting, che intende nello stesso senso la citata legge (13), l'Ubero (14), lo Struvio (15), il Seuffert (16). E sono dello stesso parere il Fritz (17), il Kierulff (18), l'Holzschuher (19),

(1) II, § 115.
(2) § 59.
(3) *Rivista del Rosshirt*, 2, 442.
(4) § 33.
(5) *Ist.*, 2ª ediz., Vol. IV, pag. 128.
(6) II, n. 7.
(7) Arndts-Serafini, § 25, nota b in fine; *Ist.*, Vol. I, § 4.
(8) Vol. I, lib. II, § LXI e app. 3ª.
(9) *Introductio ad ius*, Dig. pars pr., lib. I, tit. V, n. 4.
(10) Loc. cit., n. 5.
(11) *Iurispr. fo. saxonica*, pag. 3, const. 17, def. 18 e 20.
(12) *De succ. ab int. dissert.*, I. C. 2, § 14, 29.
(13) *Notae ad Dig.*, lib. I, tit. V, l. XII.
(14) *Praelect. iur. rom. et hod. par. sec.*, lib. I, tit. V, n. 4.
(15) *Synt. iur. civ.*, *Exercit.* 3, n. IV.
(16) *Questioni*, I, pag. 150.
(17) Aggiunte al *Wening-Ingenheim*, I, 133.
(18) *Theorie des gemein.*, *R.* I, 87.
(19) *Theorie u. Casuist. des gem. Civilr.*, I, § 26, n. 5.

Digitized by Google

il Wening (1), il Thibaut (2), il Mühlenbruch (3), il Böcking (4), il Sintenis (5), il Burchardi (6), il Förster (7), il Keller (8), il Maynz (9), l'Unger, il quale insegna, a base dei testi, tanto nel dritto romano che nel dritto austriaco, che per l'origine e l'esistenza della capacità giuridica dell'uomo, sia indispensabile la separazione completa dal corpo della madre, senza riguardo ai mezzi coi quali avvenga, e che la capacità giuridica stessa incominci dal momento della nascita, quantunque il fanciullo abbia vissuto soltanto pochi istanti. E aggiunge che, malgrado il fanciullo abbia dato segno di vita, se sia stato separato non vivo dall'alvo materno, non possa ritenersi avere acquistata, per quel momento in cui diede segni di vita, alcuna capacità giuridica (10). A questi scrittori è uopo anche aggiungere il Goudsmit (11), il Vangerow (12), il De Crescenzio (13), il Doveri (14), il Ronga (15), il Sarrazin (16), il Polignani (17). E lo stesso Arndts non annovera fra le condizioni essenziali alla capacità giuridica dell'uomo la vitalità (18). Si limita a richiedere che il feto viva dopo la separazione dal corpo materno. Fra i civilisti che pur espressero il loro parere anche a proposito del dritto romano, si deve comprendere il Domat (19). Egli nota che nell'antico dritto si ritenevano capaci di succedere i nati nel termine della presunzione legale, di cui ab-

(1) *Lehrbuch,* § 58.
(2) *System des Pandectenr,* § 121.
(3) *Doctr. pand.,* § 177.
(4) *Pandect.,* § 32.
(5) *Prakt. gem. Civilr.,* § 13, n. 8.
(6) *Lehrbuch d. römischen Rechts,* §§ 14 e 22.
(7) *Theorie u. prax. des preuss. Privatrechts,* § 19.
(8) *Pandekten,* § 19.
(9) *Cours de droit rom.,* § 10.
(10) *Sistema del d. priv. gen. austr.,* § 26.
(11) *Pandecten-System,* § 21.
(12) *Lehrb. d. Pand.,* § 32.
(13) *Sistema del dir. civ. rom.,* § 14.
(14) *Ist. di dir. rom.,* § 14.
(15) *Elem. di dir. rom.,* § 6.
(16) *De partu vivo non vitali.*
(17) *Sinopsi,* § 20.
(18) *Pandette,* § 25.
(19) *Lois civ.,* p. II, lib. I, tit. I, sez. II.

Digitized by Google

biamo discorso, quantunque non avessero la capacità di vivere sia in seguito alle difficoltà del parto, sia per infemità o difetto di conformazione fisica o organica o per altra ragione producente la impossibilità della vita; e osserva che dovrebbe adottarsi il medesimo principio pei nati prima del termine, seguendo la dottrina che in dritto romano non era indispensabile la vitalità per l'esistenza del subbietto giuridico. Il Laurent adotta la medesima opinione, chiamando falsa la teoria del codice civile francese, che richiede la vitalità (1). Egli accetta la considerazione del Domat, fondata sopra un principio di equità, cioè che occorra avere anche di mira l'interesse dei genitori del fanciullo nato non vitale, impedendo che ad essi sieno preferiti nella successione eredi più lontani. A un certo punto esclama: « exiger plus que la vie est une chose très-arbitraire; car cela aboutit à reconaître le droit de succéder à l'un et à le refuser à l'autre, sans qu'il y ait un signe certain de différence ». E afferma questa osservazione come decisiva, deplorando che il codice si sia discostato dall'insegnamento di quel giurista, seguendo una teoria opposta ed erronea.

La terza teoria richiede la vitalità come condizione necessaria dell'esistenza della persona umana capace di diritti, richiamando una sentenza di Paolo (*Recp. sent.* IV, 9, § 6), senza consentire nella teoria degli antichi interpetri, che sia necessario che avvenga la nascita nel settimo mese dopo il concepimento, dopo cioè il periodo minimo (2).

8. Sul concetto della vitalità non è pacifica la dottrina, e, naturalmente, l'incertezza si riflette anche nelle legislazioni e nella giurisprudenza.

I romanisti, in generale, intendono la vitalità come capacità di vivere. E vi sono sul proposito due teorie: una che distingue la non vitalità *propria* dalla *impropria*, e l'altra che non fa alcuna distinzione. La prima consisterebbe nella mancanza di maturità, la quale unicamente determini l'inattitudine del fanciullo alla vita indipendente fuori l'alvo materno. Talchè la non vitalità, per questa teoria, significa impossibilità fisica della vita per mancanza o deficienza di maturità: l'essere non vitale è un essere abortivo, venuto

(1) Vol. VIII, n. 546.

(2) Serafini in nota all'Arndts ib.; — Wächter, *De partu vivo et vitali;* — Windscheid, § 52, n. 8; — Serafini, *Ist.*, § 4; — Puchta, § 114; — Schilling, § 23.

Digitized by Google

fuori nello stato ancora di embrione: non è un fanciullo, è solo in via di formazione, una speranza di uomo. Questo essere abortivo, ancorchè mostri segni di esistenza, assolutamente incapace, per difetto di maturità, a vivere indipendentemente dalla madre, non è vitale, poteva divenire e nascere un uomo, ma si è spento nel corso del suo divenire e della sua formazione. Deve quindi essere assimilato al neonato o al nato morto.

La non vitalità impropria si fa consistere nel difetto di un organo essenziale alla vita, o in un vizio organico che renda questa impossibile.

La maturità del feto esiste, e con essa la separazione completa dal corpo materno: soltanto un difetto organico lo rende inatto a vivere. Questi esseri, nati vivi, separati cioè dall'alvo materno, ma viziati organicamente, in guisa da essere impossibilitati alla continuazione della vita, sarebbero non vitali impropriamente detti.

In Italia, il Borsari (1) e il Paoli (2) ritengono che il difetto di vitalità debba essere un vizio primitivo e irrimediabile di organismo, pel quale sia impossibile il vivere; e il Vitali vuole la conformazione organica indispensabile alla vita (3); e così il Fulci (4). Questi scrittori, in sostanza, concordano nel medesimo concetto.

La dottrina adunque è divisa: v'ha quella che riconosce come indispensabile alla capacità giuridica la non vitalità propria, nel senso cioè più rigoroso della parola, e v'ha la dottrina che ammette entrambe le forme della non vitalità

Il legislatore francese prescelse una opinione empirica, lasciando al criterio dei giudici l'apprezzamento sulla vitalità, il quale fu così ridotto ad un puro apprezzamento di fatto secondo i casi e le circostanze particolari (5). Da ciò è derivato che gli scrittori e la giurisprudenza, sotto l'impero del codice francese, fossero scissi sulla definizione della vitalità. Il Duranton (6) definisce la vitalità come l'attitudine a vivere, richiedendo che vi concorrano le condizioni necessarie alla vita: non sarebbe vitale l'infante quando, a giudizio degli esperti, fosse talmente conformato da non poter continuare a vivere.

---

(1) Vol. III, § 1546.
(2) *Successione, Leggi,* V, pag. 24.
(3) *Succes.*, I, n. 769.
(4) Parte I, § XII, pag. 29.
(5) Vedi Chabot, *Relazione,* n. 14; Locré, t. V, pag. 108.
(6) t. IV, n. 75.

Digitized by Google

Lo stesso concetto generico esprime l'Unger, definendo la vitalità come idoneità alla vita (1) Il Demolombe, spiegando il concetto del Duranton, afferma che la vitalità « exprime l'aptitude á vivre pendant le cours d'une vie durée moyenne, *vitae habilis*, ou suivant quelques-uns *viae habilis*, habile à fournir la *route*, la carriere de la vié, vitalis, et qu'en conséguence on doit considerer comme non viable l'enfant qui ne naît, en quelque sorte, que pour mourir presque immèdiatement, pour que la nature lui a refusé le conditions necessaires pour vivre » (2).

Questi scrittori, adunque, professano la teoria che comprende nella idea della non vitalità le due forme di essa. Il Laurent critica queste definizioni come troppo generiche e vaghe, perchè lasciano sempre insoluto il dubbio sul significato preciso della vitalità. Ma egli non tenta neppure una definizione, segue la relazione di Chabot, opinando che si debba la questione, esclusivamente di fatto, rimettere all'apprezzamento delle persone tecniche (3).

Nell'antico dritto, come pur si è fatto già cenno, si escludeva la inattitudine a vivere quale condizione della capacità giuridica, quando il fanciullo nasceva vivo nel termine della presunzione legale.

Lo Zachariae insegna, anche genericamente, essere il fanciullo vitale quando venga fuori 180 giorni dopo l'epoca del concepimento e possegga d'altronde gli organi necessari alla vita (4). Questa definizione sintetica, come tutti gl'insegnamenti dell'illustre giurista, è più determinata e precisa: richiede due condizioni, la nascita nel termine e l'esistenza degli organi necessari alla vita. Pare quindi che, da una parte, regua l'antico errore comune generato dalla con-

(1) Op. cit., § 26.

(2) Tom. XIII, n. 180; — Vedi Toullier, t. II, n. 97; — Duranton, t. IV, n. 73; — Marcadé, sur art. 725, n. 7; — Demante, t. III, n. 32; — Ducorroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n. 436; — Chabot, art. 725, n. 12; — Malpel, n. 25; — Vaseille, *Succes.*, art. 726, n. 3; — Boileux, art. 725; — Mourlon, II, 41; — Hurreaux, I, 118.

(3) Vedi su questa questione la dotta dissertazione del Wächter, *De partu vivo non vitali*, Lipsiae, 1863-66; — Windscheid, *Pandette*, I, § 52, n. 8; — Serafini, *Ist.*, loc. cit., il quale cita anche il Della Carlina, *Monitore dei Tribunale*, IX, n. 4 e 6; — Arndts-Serafini, Vol. I, § 25, n. 6.

(4) *Dritto cir. franc.*, parte 1ª, § 80; — Merlin, *Rép. v. leg. sect. II*, § 1, *Quest. de droit;* — Toullier, II, 93 e 97; — Troplong, *Don. et test.*, n. 601, il quale segue la formola del *perfecte natus* del Caranza.

Digitized by Google

fusione della vitalità colla presunzione di paternità, e dall'altra, la teoria più generale e comprensiva della non vitalità propria e impropria.

Fra i più recenti civilisti, il Gianturco segue la teorica dello Zachariae (1) sul concetto della vitalità come attitudine a vivere fuori l'alvo materno. Il Chironi è del medesimo avviso (2) su questo concetto. Il primo però argomenta la vitalità anche dal decorrimento del minimo periodo di gestazione determinato dall'art. 160.

Nell'antico dritto francese, si distinguevano due ipotesi: quando il fanciullo nasceva nel termine, e quando nasceva prima del termine: nella prima ipotesi, il fanciullo acquistava la capacità giuridica, succedeva nei dritti e li trasmetteva, indipendentemente dalla vitalità, dalla conformità o attitudine alla vita, tranne il caso del *monstrum;* e nella seconda, si contendevano il campo due teorie: una negava la capacità a succedere, ma si fondava sul concetto che la nascita avanti il termine era una prova esclusiva della vita estrauterina, in guisa che la questione della vitalità si confondeva con quella della nascita in vita; e la questione della nascita nel termine o no sorgeva unicamente quando era dubbio se l'infante fosse nato morto o vivo, ritenendosi nato morto prima del termine. Ma nell'esistenza di segni certi di vita, la questione non aveva luogo. L'altra teoria considerava la nascita prima del termine una presunzione di vita propria suscettibile di essere combattuta colla prova contraria (3).

9. La terza teoria afferma indispensabile all'esistenza della capacità giuridica la vitalità, e fra i seguaci di questa teoria bisogna comprendere tanto coloro che ammettono la non vitalità propria soltanto come escludente la capacità, quanto coloro che vi aggiungono anche quella impropria. Talchè questa teoria si suddivide, alla sua volta, in due, in una piu rigorosa e ristretta, e in un'altra piu larga e comprensiva.

La teoria della vitalità è seguita dal Carranza (4). Egli, come opportunamente nota il Savigny, pone dommaticamente il prin-

(1) Op. cit. e loc. cit.

(2) *Ist.*, Vol. I, § 25.

(3) Vedi Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. I, sect. II; — Pocquet de Livonnière, *Règles du droit francais*, pag. 104; — Pothier, *Succes.*, chap. I, sect. II, art. 1.

(4) *De partu naturali et legitimo.*

Digitized by Google

cipio che la vitalità sia condizione della subbiettività giuridica nell'uomo; e, indugiandosi lungamente a ricercare il momento in cui dal concepimento incominci la capacità, conchiude che questa si concreti nei nati al quinto e sesto mese.

Non sufficit egli si esprime, *quoad effectus civiles nasci quem legitimo tempore, puta septimo aut nono mense, nisi vivus totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium.*

L'Oeltze (1) insegna che il nato prima del settimo mese, non vitale, non abbia capacità giuridica. Il Savigny ne riassume i concetti. L'Oeltze muove da tre ordini principali d'idee: *a*) impossibilità, per chi nasca non vitale, di essere utile agli altri uomini; *b*) *perfectum partum* nella L. 12 dig. *de statu hom.* si deve intendere parto non vitale; e la frase *iustum filium esse* indica l'origine del fanciullo *ex iustis nuptiis; c*) il *si vivus perfecte natus est*, nella L. 2, C. *de posth.* (VI, 29), s'intende: se nasce vitale. Il Savigny confuta queste interpretazioni, osservando che quella della L. 12 è combattuta dal rimanente del testo, il quale si riferirebbe tutto alla presunzione di paternità, e che il *perfecte natus* della L. 2, C. *de posth.* è in opposizione non al fanciullo nato innanzi termine, ma a chi non è completamente separato dalla madre, come sarebbe ribadito dal *si vivus ad orbem totus processit* (2).

L'Haller ritiene anche la necessità della vitalità (3). Questo scrittore enumera molti scrittori dell'opinione opposta.

Il Cuiacio, *in Paulum* 9, § 5, si esprime: « qui ante septimum, vel octavo mense prodeunt, imperfecti sunt nec vitales », riferendo questo concetto anche alla capacità giuridica.

10. Fra i moderni, il Serafini (4) è convinto reguace di questa teoria. Egli nota essere impossibile non ammettere la vitalità come condizione della capacità di dritto di fronte ai testi seguenti: § 1, *Inst. de exh.* lib. 2, 13; Pauli receptae sent. IV, 9 § 1, 5; L. 2 Cod. *de posth. here. inst.* 6. 29.

Il periodo, al quale nel primo testo allude il Serafini, sarebbe questo: « ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, arbortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam ». Ma non pare che questo pe-

---

(1) *De partu vitali et non vitali.*
(2) Loc. cit.
(3) *Prelezioni sulla scienza medico-legale,* Vol. I, cap. IX.
(4) Loc. cit.

Digitized by Google

riodo delle istituzioni giustiniance avvalorino il concetto dell'illustre giurista. Qui colle parole *abortum fecerit* i compilatori delle Istituzioni non intesero significare un essere vivente in disparte dal corpo della madre, quantunque incapace alla vita, ma un essere in formazione che si spegne o si è già spento, staccandosi dall'alvo materno: la vitalità non è contemplata.

Il secondo testo è di Paolo; « § 1. Matres tam ingenuae quam libertinae cives Romanae, ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficiet, dummodo vivos et pleni temporis pariant.

§ 5. Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, ant decimo mense partus maturus videatur.

§ 6. Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur ».

A questi passi di Paolo è bene congiungere un passo di Aulo Gellio:

Memini ego Romae accurate atque sollicite quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus ius trium liberorum supplevisset, cum abortio quibusdam, non partus videretur mensis octavi intempestivitas » (1).

E questo è utile mettere in relazione col seguente passo di Plinio, che Aulo Gellio pur riporta:

« Ante septimum mensem haud unquam vitalis est. Septimo non nisi pridie posteriore plenilunï die aut interlunio concepti nascuntur. Tralatitium in Aegypto est et octavo gigni. Jam quidem et in Italia tales partus esse vitales, contra priscorum opiniones.... Massurius auctor est, L. Papirium praetorem, secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse, quum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum videretur » (2).

Lo stesso Savigny riconosce che i frammenti di Paolo si riferiscono alla vitalità, perchè colle parole *vivus et pleni temporis* presuppongono la possibilità che vi siano fanciulli nati vivi, ma non vitali (3). Egli esclude inoltre la possibilità della interpretazione che i nati *pleni tomporis* possano intendersi come *superstites*, viventi al-

(1) Lib. III, cap. 16.
(2) *Hist. nat.*, lib. VII, c. 4.
(3) Loc. cit.

Digitized by Google

l'epoca della successione, in base ad un altro frammento di Paolo, *Recept. sent.* IV, 9, § 9, in cui è detto che la madre « ius liberorum habet, quae tres filios aut habet, aut *habuit*.... ». Esclude ancora l'interpretazione che il *plenum tempus* debba riferirsi alle presunzioni del concepimento durante il matrimonio, anche in base al frammento pauliano IV, 10, § 1, nel quale è significato il principio che pel *ius liberorum* non si debba avere riguardo alla legittimità. Dunque, anche secondo il Savigny, questi frammenti di Paolo si riferiscono alla vitalità, alla quale si riferiscono pure i passi di Plinio e di Gellio sopra citati. Egli crede che non debba estendersi la interpretazione oltre il campo del *ius liberorum*, pel quale soltanto, massime per l'acquisto e l'esercizio dei privilegi annessi, sarebbe stata richiesta la vitalità. A noi sembra che il giureconsulto romano non abbia affatto inteso alludere a questa come condizione della capacità giuridica. Trattavasi di un privilegio, del *ius liberorum*, specialmente del dritto della madre alla successione dei figli, creato dal S C. Tertulliano emanato sotto l'impero di Adriano. Non veniva quindi in questione la capacità giuridica dei figli, ma il dritto della madre alla *legitima hereditas* dei figli, come annesso al suo *ius liberorum*. Per godere di questo dritto, doveva acquistare il *ius liberorum*, e questo si determinava colla nascita di almeno tre figli vivi e giunti al grado di maturità: gli aborti non si calcolavano. Non si guardava alla capacità di dritto del nato non in *pleno tempore*, ma al *ius liberorum* della madre. Ma v'ha di più. Il giureconsulto non richiede la vitalità in senso improprio, quella costituita dalla conformazione organica, dall'avere il fanciullo gli organi essenziali alla vita. Talchè bastava che il fanciullo nascesse vivo e maturo, *pleno tempore*, secondo le idee in proposito professate e adottate dai giuristi romani, e secondo la scienza dominante in quell'epoca, per dar luogo al *ius liberorum* e ai conseguenti privilegi, quantunque non fosse quella vitalità costituita dalla conformazione organica, che i fautori di questa dottrina richieggono. Questa osservazione ci pare decisiva. e sembra che non si sia ancora fatta dai romanisti.

L'ultimo testo è una costituzione degl'imperatori Diocleziano e Massimiano dell'anno 294:

« Uxoris abortu testamentum mariti non solvi: posthumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, iuris evidetissimi est ».

Qui non si contempla che l'aborto; si aggiunge che il testa-

Digitized by Google

mento rimane *ruptum*, quantunque il *natus illico decesserit*, senza riguardo alle sue condizioni organiche di vitalità.

Quanto agli altri testi citati di Plinio e di Gellio, è mestieri prima notare le osservazioni del Savigny. Questi afferma che la parola *vitalis* nel passo di Plinio sia presa, indifferentemente, per *vivente* e non per vitale nel senso voluto dalla dottrina contraria.

Ma, a prescindere da ciò, qui Plinio non tratta la questione della capacità giuridica, sibbene dal punto di vista della scienza, ed esprime una sua opinione. E l'ultima parte del periodo riflette un fanciullo che si diceva essere stato nel seno materno per tredici mesi; il che appare estraneo alla questione presente.

Aulo Gellio poi lascia insoluta la questione, ma è certo che si riporta a quella sul *ius liberorum*.

Questi testi poi sono spiegati e contemplati da una costituzione di Giustiniano dell'anno 539 (1), che a torto l'Oeltze cita a sostegno della sua tesi opposta. Ci sembra ragionevole l'osservazione del Savigny, che, cioè, il *perfecte natus* sia in opposizione al fanciullo non completamente separato dalla madre. Ma l'ultima parte del testo non ammette dubbio, dove l'imperatore decide: « hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium ». Dunque non un cenno sul requisito della vitalità.

Si riscontri anche il Regoli — *De partu vivo et vitali* (1884), in cui sono enumerate le principali opinioni dei pandettisti moderni.

11. A noi pare adunque che nel dritto romano, nè in quello classico nè nel giustinianeo, sia stata richiesta quella condizione per la persona giuridica naturale.

Fra le legislazioni moderne, il codice Prussiano non riconosce la teoria della vitalità tanto nel dritto civile, che nel dritto punitivo. La capacità giuridica dipende dalla nascita del fanciullo vivente (2).

Il codice civile austriaco neppure ammette la vitalità come condizione della capacità giuridica (3); nè il codice del Canton Ticino (art. 380), di Zurigo (8), di Berna (10), di Lucerna (10), di Soletta (13), di Argovia (20), di Friburgo (12), dei Grigioni (§§ 5 e 473), Argentino (72 e 73); laddove il codice civile fran-

(1) L. 3, Cod. *de poth. per. inst.* (VI, 9).
(2) 1, §§ 12, 13; Cod. pen., II, 20, §§ 965, 958 e 969.
(3) Cod. civ. austr., §§ 22 e 23.

Digitized by Google

cese e l'italiano adottano il principio opposto, colla differenza fra questi due ultimi, che il primo non risolve la questione se, dimostrata la vita, si debba presumere la vitalità, e il secondo ammette siffatta presunzione (art. 724 ult. capoverso).

Richiedono la vitalità il codice delle due Sicilie (646), il parmense (623), l'Albertino (705), l'estense (721), il portoghese (1776 § unico), lo spagnuolo (30 e 745), i quali due ultimi vogliono anche espressamente la forma umana; e il codice spagnuolo vuole che l'infante viva almeno 24 ore di vita propria.

12. Gravi sono i dissensi della dottrina e della giurisprudenza francese circa l'interpretazione dell'art. 725 in ordine a quella questione. La maggioranza degli scrittori e delle decisioni della magistratura francese ritengono quella presunzione (1), che sarebbe una *praesunptio iuris tantum*. Sono di contrario avviso il Duranton (2), il Malpel (3), e il Laurent (4), i quali sostengono che quella presunzione non esiste nella legge, la quale, richiedendo colla vita anche la vitalità, pone alla stessa stregua entrambe quanto all'onere della prova, e non fa alla seconda un trattamento giuridico diverso dalla prima, ed « ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus ». In verità, avuto riguardo ai termini e allo spirito della disposizione dell'art. 825 del codice francese, ci sembra più esatta la seconda opinione.

Su questo punto il codice italiano si discostò dal codice albertino: questo aveva risoluta la questione nel senso che nel dubbio si presumevano vitali i nati vivi, salvo il caso contemplato nel n. 3 dell'art. 153, cioè quando il nato prima del 180° giorno dal matrimonio non fosse stato dichiarato vitale; e il codice italiano ammette, in caso di nascita prima di quel giorno, la presunzione di vitalità, salvo che il parto fosse dichiarato non vitale. Talchè, mentre l'uno richiede che manchi una dichiarazione di vitalità, l'altro esige una dichiarazione di non vitalità.

Il primo paragrafo del codice civile germanico fa dipendere dal fatto solo del compimento della nascita, cioè dalla completa separa-

(1) Demante, t. III, n. 30; — Duvergier sur Toullier, t. II, n. 98; — Marcadé, V, art. 725, VI, 58; — Demolombe, t. XIII, n. 187 e le numerose citazioni ivi fatte.

(2) T. VI, n. 78.

(3) N. 25.

(4) Vol. VIII, n. 547.

Digitized by Google

zione del fanciullo dal corpo della madre, la capacità giuridica, escludendo, come i codici prussiano e austriaco, la vitalità come condizione essenziale di quella. Ha seguito così la teoria più vera ed esatta del dritto romano classico e del dritto giustinianeo.

Capo II

Presunzioni in ordine al « nasciturus ».

13. Concetto — 14. Testi romani — Presunzione. — 15. Estensione — 16. Nel dritto successorio. — 17: Considerazione del nasciturus e teorie nel dritto comune. — 18. Presunzioni circa la capacità giuridica del nascituro. — 19. Se trattisi di una finzione di esistenza. — 20. Vera teoria che si propone.

13. Prima della nascita, l'uomo può acquistare dei dritti, purchè sia concepito. Il dritto romano e tutte le legislazioni ammettono questo principio. Fin dall'epoca del suo concepimento, egli è già una speranza di un essere capace di dritti, un essere in via di formazione, che nel termine prefisso dalla natura deve venir fuori ed avere la personalità umana. E il dritto positivo non poteva trascurare questo suo periodo di vita anteriore alla nascita.

Paolo, *libro singulari de portionibus quae liberis conceduntur*, pone questo principio: « Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur quotiens de commodis ipsius agatur, quamquam alii nequaquam prosit » (1). A questo frammento bisogna aggiungere i seguenti altri:

a) Qui in utero sunt, in toto pene iure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae haereditates his restituuntur: et si praegnans mulier ab hostibus capta sit. Id, quod natum erit, postliminium habet, item patris vel matris conditionem sequitur. Praeterea si ancilla praegnans surrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem peperit, id quod natum erit, tamquam furtivum, usu non capitur. His consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent ». Questo testo è di Giuliano, tratto dal libro 69 dei suoi digesti (2).

(1) L. 7, Dig. *de statu hom.* (I, 5).
(2) L. 26, Dig. *de statu hom.* (I, 5).

Digitized by Google

b) « Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius iure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus » (1). Questo è di Paolo, tratto dal *libro singulari ad S C. Tertullianum.*

c) Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent; sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est an nasci possit. Ubi autem eodem gradu sunt ceteri, quo et venter, tunc quae partio in suspenso esse debeat, quaerunt ideo, quia non poterant scire quot nasci possunt: ideo, nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur, nam traditum est et quatuor pariter puellas a matrefamilias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponensi: multas Aegypti uno utero septenos. Sed et tregeminos senatores cinctos vidimus *Horatios.* Sed et Laelius scribit, se vidisse in palatio mulierem liberam, quae ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quatuor eodem tempore enixa (inquit) dicebatur, quintum post diem quadragesimum. Quid est ergo? Prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur: id est, quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint, quod enim semel aut bis existit, ut ait Theuphrastus, praetereunt legislatores. Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta, interim heres erit » (2). Qui Paolo, nel mezzo del frammento, mostra tutta la sua erudizione su questo argomento, sul quale si può anche consultare Plinio (3) e Aulo Gellio (4).

14. A questo frammento, nello stesso ordine d'idee, si rannodano i seguenti altri di Ulpiano (lib. 5 *ad edictum*): « Interdum praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus: ut puta est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes: quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est: quia quot edantur fratrum defuncti filii incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindica-

(1) L. 231, Dig. *de verb. signi.* (L, 16).
(2) L. 2, Dig. *si pars petat.* (V, 4).
(3) II, 10.
(4) *Not.* att. 2.

Digitized by Google

tionem ei concedi. Non audenter itaque dicetur, ubicumque merito quis incertus est quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi » (1). E a questo si rannoda un frammento dello stesso giureconsulto: « Quamdiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus agnatis non est; velut si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit » (2). E l'altro frammento tratto dal libro 46 *ad edictum*: « Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens, quasi proximus, admittitur, hoc est quicumque fuerit tum deprehensus, proximum locum obtinens » (3).

E Paolo nel libro 17 *ad Plautium*: « Si pater familias mortuus esset, relicto uno filio, et uxore praegnante, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit: quia poterant plures nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent; sed nostram inscientiam aspici debere » (4).

In quest'ultima parte del frammento pare che Paolo segua l'opinione di Diodoro, il quale opinava contro Aristotile: « futura etiam antequam eveniant, natura certa sunt ». E Gaio, nel libro primo *fideicommissorum:* « Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, *quasi ab initio* tibi solido relicto; sin autem natus fuerit, utrosque accipere quantum cuique relictum est, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur: duobus natis, tertia tibi debeatur; tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta debeatur. Et nostra quidem aetate Serapias Alexandrina mulier ad Divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno foetu enixa est, sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentosum videtur » (5).

E Giuliano, nel libro primo *ad Urseium Ferocem:* « Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit, et ex causa hereditaria

(1) L. 1, § 5 Dig. (V, 4).
(2) *Fragm. de leg. heredibus,* XXVI, § 3.
(3) L. 1, § 7 (XXXVIII, 8).
(4) L. 28, § 5 (V, 1).
(5) L. 7 pr. *de reb dubiis* (XXXIV, 5).

Digitized by Google

totum hoc quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum haeredem fuisse. Julianus notat: verius est me eam partem perdidisse pro qua haeres fuissem, antequam certum fuisset neminem nasci: aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt: aut sextam, quia quinque. Nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse: quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt; et esse mulierem Romae Alexandrinam ab Aegypto, quae quinque simul peperit, et tum habebat incolumes; et hoc et in Aegypto adfirmatum est mihi » (1). Sembra che questa donna alessandrina sia la stessa di nome Serapia menzionata da Gaio nella L. 7 *de reb. dub.*, e da Paolo nella L. 3 *dig. si pars hered.* — E Ulpiano nel libro 14 *ad Sabinum:* « Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admitittur, si fuerit editus. Inde solet remorari insequentes sibi agnatos quibus praefertur, si fuerit editus. Inde et partem facit his qui pari gradu sunt, ut puta frater unus est et uterus, vel patrui filius unus natus et qui in utero est.

Est autem tractatum, pro qua partem faciat, quia ex uno utero plures nasci possunt, et placuit, si in rerum natura certum sit, hanc quae se dicit praegnantem, non esse, ex asse iam esse haeredem hunc, qui iam natus est, quoniam et ignorans haeres sit: quare si medio tempore decesserit, integram haereditatem ad haeredem suum transmittit » (2).

Celso nel libro 28 *digestorum:* « vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur » (3). Modestino nel libro 7 *differentiarum:* « ventri tutor a magistratibus populi romani dari non potest, curator potest; nam curatore constituendo edicto comprehensum est.

Curatorem habenti quo minus alius curator detur, regula iuris non est impedimento » (4).

Ulpiano, nel libro ottavo *ad Sabinum:* « Quod dicitur: proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est, ut putatur esse, adire hereditatem non potest; sed si scit non esse praegnatem, potest. Accipe proximus a ventre qui suum haeredem pariturus

(1) L. 36, Dig. *de sol. et lib.* (XXXXVI, 3).
(2) L. 3, Dig. §§ 9 e 10, *de suis et leg. her.* (XXXVIII, 16).
(3) L. 7 eod.
(4) L. 20, Dig. *de tut. et cura.* (XXVI, 5).

Digitized by Google

est. Et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. Et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consaguineum pariturus est. Quoniam mortis tempore, qui in utero est, quantum ad moram faciendam, inferioribus et sibi locum faciendum, si fuerit editus, pro iam nato habetur. Idemque et per bonorum possessionem edictalem. Denique praetor ventrem mittit in possessionam », (1) si rannodano a questa legge le leggi contenute nel titolo IV, lib. XXV dig. *de inspi. vent.* e specialmente la L. 1, §§ 13 e 14 eod., L. 1, dig. si mulier vent. nom., massime il § 6 (XXV, 6), e la L. 84 *de adq. vel om. her.* (XXIX, 2), e le L. 2, 3, § 6, *de suis* (XXXVIII, 16).

15. Fa anche a proposito citare il seguente frammento di Ulpiano tratto dal libro 42 *ad Sabinnum:* « Ancilla, si subripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem. Sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. Sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique peperit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit » (2). Si collega a questa legge la L. 33, pr. dig. *de usurp.* (XLI, 3), tratta dal libro 44 dei digesti di Giuliano.

Ulpiano, nel libro primo *ad legem Juliam et Papiam,* riportando gl'insegnamenti di Labeone, di Proculo e Pegaso, dice: « Item Labeo scribit, etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. Sed eum, qui postea quam pater eius de senatu motus est, concipitur et nascitur, Proculus et Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est, nec enim proprie senatoris filium dicetur is, cuius pater senatu motus est antequam iste nasceretur. Si quis *conceptus* quidem sit, antequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem *magis est* ut quasi senatoris filius intelligatur: tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit. Si quis et patrem et avum habuerit senatorem; et quasi filius et quasi nepos senatoris intelligitur. Sed si pater amiserit dignitatem ante conceptionem huius, quaeri poterit an, quamvis quasi senatoris filius non intelligatur, quasi nepos tamen intelligi debeat. Et magis est ut debeat, ut potius ei dignitas prosit quam obsit casus patris » (3). Si aggiunga inoltre a queste leggi la costituzione 11, Cod. V, 27

(1) L. 30, § 1, Dig. *de adqui. vel om. h.* (XXIX, 2).
(2) L. 48, § 5 Dig. (XLVII, 2).
(3) L. 7, § 1, Dig. *de sen.* (I, 9).

Digitized by Google

dell'anno 530, emanata da Giustiniano, nella quale egli conchiude: « ut semper in huiusmodi quaestionibus in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur; et hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantummodo casibus in quibus conceptionem magis adprobari *infantium conditionis utilitas expostulat* ». Si consulti anche la L. 4, Cod. *de lib. praet.* (VI, 28) in fine.

E notevole del pari un frammento di Marcello, tratto dal libro 28° dei digesti. Egli ricorda una *Lex Regia*, che alcuni attribuiscono a Numa, e chi l'addimanda Postumia, come Plinio (14, cap. 12), chi funeraria, come Festo in *Respersum*, e chi sepolcrale, come Cicerone (*de leg.*). Negat lex Regia, dice Marcello, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur », L. 2, dig. *de mort. inf.* (XI, 8). — Giustiniano nella sua costituzione dell'anno 530 a Giuliano: « Cum inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo qui adhuc in ventre porteretur et homo fieri speraretur, nos vetus iurgium decidentes, libertatis favore censemus et fidei commissariam nec non directam libertatem suam firmitatem habere, sive in masculo, sive in foemina, qui quaeve adhuc in ventre vehitur, ut cum libertate solem respiciat, et si mater sua adhuc in servitute constans eum vel eam ediderit, sin autem plures creati vel creatae sint, sive unius fecit mentionem, sive pluraliter nuncupavit, nihilominus omnes ad libertatem a primis veniant cunabulis, cum in ambiguis sensibus melius sit (et maxime in libertate, favore eius) humaniorem amplecti sententiam » (1). Nè mancava nei riguardi del *nasciturus* una considerazione di ordine pubblico, al dire di Ulpiano, il quale nel libro 41 *ad edictum* si esprime: « partus enim iste alendus est, qui non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam *reipublicae* nascitur » (2). Lo stesso giureconsulto nel libro 27 *ad Sabinum* menziona un rescritto di Adriano, nel quale si diceva: « liberam, quae pregnans ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem

(1) L. 14, Cod. *de fideicom. lib.* (VII, 4).
(2) L. 14, Dig. *de vent. in pos. m.* (XXXVIII, 9).

Digitized by Google

Romanum parit et in potestate patris » (1). Questo rescritto è, in certa guisa, il completamento della *Lex Regia* cennata da Marcello, e il frammento ulpianeo va così messo in relazione al frammento marcelliano. E con questi due frammenti bisogna porre in correlazione un altro di Ulpiano del libro 14 *ad Sabinum*, nel quale dice: « praegnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, quamdiu praegnans est. » (2). E vi si riferisce ancora *Pauli sent.* 12, § 5, 60.

La conservazione dei dritti al *nasciturus* rimonta fino alle XII Tavole, o è dovuta, almeno, alla loro *interpretatio* (3).

16. Nel dritto successorio, specialmente, il *postumus nasciturus*, nei limiti e nelle forme ammessi dalle leggi, venne riconosciuto capace a succedere, in deroga al principio che sanzionava la incapacità delle *personae incertae*. Nelle Istituzioni giustinianee si estende il diritto della *Bonorum Possessio* al *postumus alienus* (4). Postumus autem alienus haeres institui et ante poterat, et nunc potest: nisi in utero eius sit, quae iure nostro uxor esse non potest, è detto nel § 28 *de leg.*

L'obbligo della *exheredatio* si riconobbe anche pei *postumi sui*. « Postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari (5), altrimenti il testamento si considerava come *ruptum* (6). Poteva il padre nominare anche un tutore al proprio figlio nascituro. E all'uopo nel § 4 I. *de tut.* (1, 13) è detto: « Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent ». E l'istituto della pupillare sostituzione si estendeva del pari ai pustumi. Quaecumque diximus, dice Giustiniano, de substitutione impuberum

---

(1) L. 18, Dig. *de statu hom.* (I, 5).

(2) L. 3, Dig. *de poenis* (XLVIII, 19); — Vedi anche Quintiliano, *Declam.* 277.

(3) Vedi Pernice, *Labeo*, l. c., pag. 198; — Buhl, *Salvius Julianus*, I, pag. 144; — Ferrini in Glück, Vol. I.

(4) Pr. I. *de b. p.* (3, 9) e § 28 *de leg.* (II, 20).

(5) § 1, I, *de eche. lib.* (2, 13).

(6) C. I, Cod. *de post.* (VI, 29) e 2. 3 *hoc. t.*; L. I, § 2, Dig. *de B. p.* (XXVII, 4).

Digitized by Google

liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum eadem etiam de postumis intellegimus » (1).

Se la madre fosse stata libera all'epoca del concepimento o in qualunque momento della gravidanza, il figlio nasceva libero, malgrado, al tempo della nascita, quella fosse ricaduta in servitù (2). La libertà acquisita in un momento dal *nasciturus* era da lui conservata, quantunque fosse perduta dalla madre, perchè, come disse Marciano « non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est ».

17. Nel dritto comune si esagerò la considerazione pel nascituro, in quanto si giunse fino ad ammettere che non si potesse aprire un giudizio penale contro una donna incinta, per tema che il dolore le cagionasse un aborto o qualche danno al feto (3); e che non la si potesse costringere neppure al giuramento (4). Il Carranza osserva che tali conseguenze non sono giustificate dalle fonti (5). E il Glück, seguendo il Mevius e l'Eichmann, nota che si dovrebbe riserbare al criterio del giudice decidere, caso per caso, secondo le circostanze, se debba concedersi alla donna una dilazione fin dopo il parto (6). Senonchè, nell'antico dritto romano, il procurato aborto non era punibile, e soltanto sotto Settimio Severo s'incominciò a punirlo, meno in considerazione del nascituro che per riguardo al marito (7); talchè, in assenza di vincolo matrimoniale, il procurato aborto rimaneva esente da pena (8). In antitesi a questo principio del dritto romano v'è il concetto cristiano espresso da Tertulliano (Apl. 9): « homicidii festinatio est prohibere nasci; nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet, homo est et qui est futurus ». In altri luoghi delle fonti il nascituro è paragonato al *captivus*, come fa Ulpiano nel libro 13 *ad Sabinum*, il quale dice: « caeterum si vel nasci consanguineus, vel de captivitate reverti potest, agnati impediuntur (9); e in relazione

(1) § 4, Ist. *de pup. subst.* (2, 16).

(2) L. 5, § 2 *de sta. hom.* (1, 5).

(3) Hommel, *De caut. publ. sent. crim.*, § 17; — Kock, *Inst. iur. crim.*, § 908, not. 2.

(4) Leyser, sp. 14, m. 1; *Supplem.*, sp. 14, m. 7; — Hartleben, sp. 18, m. 1; — Danz, Vol. 3, § 287, p. 3; — Glück, Vol. I, § 114.

(5) l. c., c. 2, § 4, n. 32.

(6) Glück, loc. cit.

(7) Vedi Pernice, *Labeo*, I, pag. 197.

(8) Vedi anche Ferrini in nota al Glück al loc. cit.

(9) L. 2 pr., Dig. *de suis et leg.* (XXVIII, 16).

Digitized by Google

a questo frammento si consulti anche il § 1 *Inst. de legit. agn. succ.* (3, 2).

Anche il predominio delle dottrine stoiche nel campo filosofico e morale esercitò la sua influenza nei rispetti dei dritti della tutela del *nasciturus* (1). Non mancano nelle fonti del dritto romano tracce di protezione e di tutela della *spes nascendi,* anche con disposizioni punitive o di pulizia. Innanzi tutto notiamo un frammento di Marciano del libro 1° *Regularum,* dove si menziona un rescritto di Severo ed Antonino, che puniva coll'esilio temporaneo la donna che dolosamente si procurava l'aborto. Il giureconsulto aggiunge: « indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse (2). Questa considerazione è la base della teoria del Pernice e degli altri romanisti che lo seguono, i quali ammettono essere stato punibile l'aborto per l'esclusivo riguardo al marito, non per la protezione della futura vita ancora *in spe* del nascituro: onde, in assenza di vincolo matrimoniale, sarebbe stata assicurata l'impunità alla colpevole. Vediamo se questa teoria regge al confronto degli altri testi. Quel frammento di Marciano va messo in relazione con un frammento di Ulpiano del libro 33 *ad edictum,* nel quale si afferma che, il preside di provincia punisce coll'esilio la donna rea di aborto (3), con l'orazione di Cicerone *pro Cluentio,* richiamata da Trifonino nel libro decimo *Disputationum* (4), e col relativo frammento di questo giureconsulto. Cicerone narra che una certa Milesia, trovandosi in Asia, corrotta con danaro dai secondi eredi, si procurò l'aborto, e fu condannata a pena capitale. E Trifonino, dopo aver ricordato il caso narrato da Cicerone, aggiunge che, se la moglie divorziata, in odio al marito, per togliersi il figlio, avesse dolosamente procurato a sè l'aborto, era punita con l'esilio temporaneo per rescritto imperiale.

La pena è identica a quella ricordata da Marciano. Ed è da ritenersi che si riferiscano agli stessi rescritti. Le parole di Trifonino « ne iam inimico marito filium procrearet », messe in confronto colle parole di Marciano nella L. 4 dig. (XLVII, 2), sem-

(1) Mülhenbruch, continuazione del Glück, XXXVI, pag. 174; — Zeiller. *Storia della filosofia,* III, pag. 161; — Ferrini in nota del Glück, loc. cit.

(2) L. 4, Dig. *de extraord. crim.* (XLVII, 11).

(3) L. 8, Dig. *ad leg. cornel. de sic.* (XLVIII, 8).

(4) L. 39, Dig. *de poen.* (XLVIII, 19).

Digitized by Google

brano dare fondamento alla opinione precitata. Ma questa pare che esamini da un solo lato la questione, cioè dal solo punto di vista di un fine mediato, al quale intende la moglie divorziata in odio al marito, che le fonti considerano come nemico di lei (1). In quei due frammenti Marciano e Trifonino esprimono un loro parere subbiettivo, contemplano non obbiettivamente il reato in sè, ma rilevano lo scopo pel quale la donna s'indusse al malifizio. È arbitrario però giungere fino alla conseguenza di ammettere l'impunità quando non esista alcun vincolo matrimoniale, e che la legislazione romana non si curasse della tutela della vita sperata di un uomo.

Il frammento ulpianeo sopra citato del libro 3 *ad edictum* confuta quell'opinione e ribadisce quella da noi sostenuta. E v'ha di più: vi sono, a maggior conforto della nostra tesi, le L. 38, § 5 *de poenis* (XLVIII, 19 di Paolo derivata dalle sue sentenze, 2 dig. *ad leg. pomp. de parri.* di Scevola, L. 15 dig. *de sicar.* e L. 18, dig. *de statu hom.* (I, 5). « Qui abortionis, dice Paolo nel 1° dei citati frammenti, aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegantur. Quod si eo mulier aut homo perietur, *summo supplicio adficiuntur* ». E nell'ultima delle citate leggi Ulpiano cita un rescritto di Adriano a Publicio Marcello del tenore seguente: « liberam, quae praegnans ultimo supplicio damnata est, liberum parere, et solitum esse servari eam dum partum ederet ».

18. I romanisti affermano inesatta la regola « nasciturus pro iam nato habetur », perchè la protezione giuridica di lui era sottoposta a limitazioni e a condizioni, che mancano pei nati. Il Rudorff assimila il nascituro ad una persona giuridica, come l'*hereditas* (2). Anche questa opinione si chiarisce evidentemente erronea, perchè, mentre la persona giuridica o l'*hereditas* acquista, come ogni altra personalità esistente, i diritti che le sono devoluti, il nascituro non li può acquistare se non nasca vivo e si separi completamente dall'alvo materno (3). L'opinione del Rudorff è ac-

(1) L. 78, Dig. *de iu. dot.* (XXIII, 3).

(2) Puchta, § 114, nota b; — Arndts-Serafini, Vol. I, § 25.

(3) Vedi anche il Windscheid, § 52, n. 3; — Wächter, § 40; — Köppas, *Eredità;* — Goudsmit, § 21; — Arndts-Serafini, loc cit.; — Serafini, *Ist.*, Vol. I, § 4.

Digitized by Google

colta dall'Unger, il quale aggiunge che colla nascita ha principio l'uomo e non la persona (1). Il Savigny nota un'apparente contraddizione delle fonti, in quanto alcuni testi dichiarano apertamente non essere il fanciullo in gestazione sua creatura umana, ma semplicemente una *portio viscerum mulieris,* come le L. 9, § 1, dig. *ad leg. falcidiam* (XXXV. 2), 1 § 1 *de inspi. vent.* (XXXV, 4); e altri parificano il nascituro al fanciullo già nato, come fa Giuliano nella precitata L. 26 *de statu hom.* (1, 5). Egli cita anche la L. 231 *de verb. signi.* di Paolo; ma la citazione non è completamente esatta, come dimostreremo in seguito, per la notevole limitazione che il giureconsulto apporta alla massima.

I due concetti apparentemente contradditori il Savigny concilia, osservando che il primo dimostra la realtà delle cose nel loro stato presente, e il secondo significa una semplice finzione applicantesi in un ambiente ristrettissimo e in un ordine di fatti specialmente designati. E conchiude che il nascituro non ha alcuna capacità, non è una persona la cui rappresentazione sia necessaria o possibile, non ha un tutore, nè può dirsi pupillo, ma che quella finzione riguarda la sua vita avvenire sotto un duplice rapporto, concedendogli cioè la protezione delle leggi e designandogli i dritti che possono competergli al momento della nascita: onde la finzione è stabilita nel suo esclusivo interesse e giova soltanto a lui. Fonda queste sue affermazioni nelle L. L. 161 *de V. S.* (L, 16), 20 pr., *de tut. et curat.* (XXVI, 5), 231 *de V. S.* e L. 7 *de statu hom.*, già da noi contemplate. In fine il Savigny, enumerando sinteticamente i diritti riservati al nascituro, menziona alcuni dei frammenti da noi ricordati. Ma, se la conclusione ultima cui egli arriva non può non riconoscersi vera e rispondente allo stato del diritto romano, non ci pare esatta la sua teoria della *fictio iuris,* in base alla quale tenta giustificare la conservazione dei diritti del nascituro. La finzione, in sostanza, si farebbe consistere nel considerare esistente, come nato, il nascituro. Ora questa *fictio* è appunto erronea e non conforme ai testi e al pensiero dei giureconsulti romani. Non trattasi di una finzione giuridica, di ritenere cioè come esistente e già nato chi non è ancora *in rerum natura,* ma di una vera e pura conservazione di diritti ad un essere in formazione, condizionatamente alla sua nascita, all'acquisto della sua esistenza indipendente

(1) *Sistema,* Vol. I, § 26.

Digitized by Google

dalla vita materna. Non è vero, nè è possibile sostenere, che manchi affatto l'esistenza dalla data del concepimento alla nascita: un'esistenza v'è, embrionale, ch'è nel suo divenire come esistenza umana indipendente, nel suo processo di formazione. E qualche cosa di più che una mera *spes animantis*, è un essere che si sviluppa per divenire un'esistenza umana.

Ora il dritto romano, come del resto tutte le altre legislazioni che lo hanno seguito, conserva e mantiene a questo essere svolgentesi nel seno materno, ch'è in via di divenire un uomo, tutt'i dritti che gli competono, sotto la condizione che il periodo di sviluppo si compia, e che l'essere acquisti vita indipendente.

19. Una conservazione di dritti condizionata alla nascita, al sorgere di un'esistenza in favore e nell'esclusivo interesse di questa, costisuisce l'essenza e il contenuto della norma che assicura l'acquisto dei dritti ai nascituri. Non trattasi di una finzione, ma di una realtà, per quanto sottoposta a condizione; non si crea o si finge una persona realmente inesistente, ma si ha riguardo a una persona futura, a una vita che si svolge nel suo periodo embrionale per divenire esistenza distinta di uomo. Non è dunque esatto che s'immagina come nato un fanciullo che vive ancora vita intrauterina, ma si riservano a lui tutt'i dritti nel caso che nasca vivente. Molto meno è accettabile, come pur abbiamo notato, l'opinione del Rudorff e dell'Unger, che scorgono addirittura una persona giuridica. In questa ipotesi sarebbe inispiegabile il venir meno dell'acquisto dei dritti, quando il fanciullo non venga alla luce o non nasca vivente. È assurdo e arbitrario il concetto di una personalltà giuridica fra il concepimento e la nascita, che mantenga o perda i dritti, a seconda che si concreti o no in una persona naturale. Così la persona umana, essenzialmente fondata sopra una esistenza fisica, avrebbe due momenti, quello di una *fictio iuris* e quello dell'esistenza naturale: da prima sarebbe una finzione, poi si trasformerebbe in una realtà. Questa specie di trasformazione o di metempsicosi è una escogitazione completamente estranea al pensiero dei giureconsulti romani.

Quanto alla prima teoria, che considera finzione l'assimilazione del nascituro al nato, essa si fonda sui testi citati dal Savigny. Ma, esaminati attentamente e massime nella loro sintesi e correlazione fra loro, non sono sufficienti a sorreggerla. È vero che il nascituro è detto in quei testi, sopra citati, « *mulieris portio vel viscerum* » e « *homo non recte fuisse dicitur, perinde ac in rebus*

Digitized by Google

humanis esset custoditur »; ma tutte queste frasi sono modi di esprimersi di quei giuristi, e significano lo stato di fatto in cui trovasi il nascituro in rapporto alla sua nascita.

20. La teoria esatta rimane sempre quella sopra esposta. Essa si concreta nelle seguenti proposizioni:

a) La conservazione dei dritti è condizionata assolutamente alla nascita del fanciullo vivente; è una conservazione, cioè, assolutamente condizionale (1);

b) Essa è stabilita esclusivamente nell' interesse e nel vantaggio del nascituro (2); talchè non giova ad altri, sebbene se ne potessero giovare se si trattasse di un fanciullo già nato;

c) Se il fanciullo non giunga a maturità per aborto, o nasca morto, i dritti si avranno come non mai acquisiti e conservati, ed egli come non mai esistito nè concepito (3). Il testo di Gaio, tratto dal libro terzo *fideicommissorum* e posto dai compilatori delle pandette sotto il titolo *de rebus dubiis*, nel modo com' è formulato, farebbe credere essersi nel dritto classico dubitato, se il *postumus*, quantunque non nato, mantenesse o no il dritto ereditario, nel senso di sottrarre all' altro coerede la parte a quello spettante. Ma la risposta del giureconsulto dirime il dubbio. Non si dubitava, secondo noi, che il *postumus* non nato non trasmettesse alcun dritto e non avesse successori; bensì si dubitava in qual modo dovesse in tal caso dividersi l' eredità fra i coeredi, quale dovesse essere la condizione giuridica di costoro di fronte all' asse ereditario. E Gaio decide che *commodius, si postumus natus non sit,* l' eredità debba spettare ad essi, come se del *postumus* non si fosse fatta menzione. Tuttavia mancano gli elementi storici per giudicare l' importanza e la vera estensione del dubbio proposto e risolto da Gaio nel campo del dritto classico. Una deroga a questo principio è stabilita soltanto in tema di esenzione di pene a favore della madre: i figli nati morti le sono calcolati, alla guisa stessa della nascita dei fanciulli mostruosi (4);

---

(1) L. 129, Dig. *de V. S.* (50, 16); L. 30, § 1, Dig. *De adqui. her.* (29, 2); L. 3, Dig. *si pars her.* (V, 4).

(2) L. 7, Dig. *de statu hom.* (1, 5); L. 26, eod; L. 231, Dig. *de V. S.* (L. 16).

(3) L. 129, Dig. *de V. S.* sopra citata e L. 7, pr. Dig. *de reb. dub.* (34, 5).

(4) L. 135 e 137, Dig. *de V. S.* (L. 16).

Digitized by Google

d) La conservazione dei dritti era operativa tanto nel campo del dritto pubblico, che nel campo del dritto privato. Nel dritto pubblico entrano tutte le misure di tutela, di polizia, e di repressione, per impedire l'aborto e l'uccisione del nascituro in gestazione (1), nonchè le disposizioni che tutelano lo *status libertatis* e lo *status civitatis* (2) e i privilegi annessi alla qualità di figlio di senatore (3). Nel dritto privato lo stato d'ingenuità si determinava dall'epoca in cui era più favorevole, o dal concepimento o dalla nascita o da un momento intermedio (4); al *nasciturus* era dato un curatore (5); gli erano riservati i dritti di eredità (6); e poteva anche il padre nominare al *suus postumus* un tutore (7) e un *substitutus* ove il *postumus*, nascendo vivo, non avesse raggiunta la pubertà (8);

e) Il nascituro, non venendo vivo alla luce, non giovava neppure per l'esenzione a qualche carica, alla quale fosse necessario un certo numero di figli. Così Modestino rammenta una costituzione di Severo del tenore seguente: « Qui autem in ventre est, etsi in multis partibus legum comparatur iam natis, tamen neque in praesenti quaestione, neque in reliquis civilibus muneribus prodest patri » (9);

f) Fondamento dell'istituto della conservazione condizionale dei dritti del *nasciturus* è il suo concepimento, prima del quale essa non è possibile, perchè il nascituro è assolutamente inesi-

---

(1) L. 4, Dig. *de extraord. crim.* (XLVII, 11); L. 8, Dig. *de sic.* (XLVIII, 8), L. 39, Dig. *de poenis* (XLVIII, 19); L. 38, § 5, Dig. *de poenis;* L. 2; Dig. *de mortuo inf.* (XI, 8); L. 18, Dig. *de statu hom.* (1, 5), L. 3, Dig. *de poenis,* tutte innanzi ricordate.

(2) Gaius 1, § 89-91; L. 18, 26, Dig. *de statu hom.* (1, 5); L. 5 § 2, eod.

(3) L. 7, § 1, Dig. *de senat.* (1, 9).

(4) Pr. *Inst. de ingenuis* (1, 4).

(5) L. 29, Dig. *de tut. et curat.* (XXXI, 5) e tutto il titolo *de ventris* in *posses* XXXVII, 9).

(6) L. 26, Dig. *de statu hom.;* L. 3, Dig. *si pars* (V, 5), L. 7, pr. Dig. *de reb. dub.* (XXXIV, 5); L. 36 *de solut.* (XLVI, 3), e tutto il titolo *de ventris in posses* (XXXVII, 9); pr. *Ist. de B. P.* (3, 9); § 28, *Ist. de leg.* (2, 20); § 1, *Ist. de exhe. lib.* (2, 3); L. 1, *Cod. de post. her. inst.* (6, 29).

(7) § 4, *Ist. de tut.* (1, 13).

(8) § 4, *Ist. de pupil. subst.* (2, 17).

(9) L. 2, § 6. Dig. *de excusat.* (XXVII, 1).

Digitized by Google

stente (1). Sul proposito è mestieri osservare che una regola generale, sebbene in tema di dritto successorio, è data da Ulpiano nel libro 12 *ad Sabinum*: nam dicendum erit suos posse succedere si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis, vel saltem concepti fuerint, idque Juliano et Marcello *placet.* » (2). E il medesimo giureconsulto nel libro 46, *ad edictum:* « Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea condicione est ut dici debeat obstare eum sequentibus: sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur; sed hoc ita demum erat accipiendum, si hic qui in utero esse dicitur vivo eo de cuius bonorum possessione agitur fuit conceptus, nam si post mortem, neque obstabit alï neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit (3).

E nel paragrafo seguente è ribadito lo stesso principio, il quale è pur proclamato da Scevola nel « *libro secundo responsorum* » (4), e all'uopo Paolo, nel « *libro septimo quaestionum* »: « postumus natus quocumque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem » (5). Altrove Ulpiano, nel libro 41 *ad edictum:* « praegnantem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se praegnantem sufficit, quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnans fuit et mortis tempore et eo quo mitti in possessionem petit (6). Giuliano, nel libro 59 *digestorum:* « Qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres, neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui, moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit » (7). Celso, nel libro 28 *digestorum:* « vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura existimatur (L. 7, Dig. *de suis et legit.* XXXVIII, 16).

(1) L. 1, § 8, Dig. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16); § 8, *Ist. de her. quae ab intest.* (3, 1); L. 6, *de suis et legit. her.* (XXXVIII, 16); L. 6, pr. Dig. *de iniusto rupto* (XXVIII, 3).

(2) L. 1, § 8 Dig. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16) sopra citata.

(3) L. 1, § 8, Dig. *unde cognati* (XXXVIII, 8).

(4) L. 10, eod.

(5) L. ultim, Dig. *de vent. in posses.* (XXXVII, 9).

(6) L. 1, § 1, Dig. *de vent. in posses.* (XXXVII, 9).

(7) L. 6, Dig. *De suis et leg.* (XXXVIII, 16) e L. 7, eod.

Digitized by Google

Capo III.

21. Teorie sulle prove dell'inizio della personalità. — 22. In dritto romano. — Termini della presunzione. — 23. Epoca originaria della presunzione. — 24. Dritto giustinianeo. — Controversia sulla Nov. 39. c. 2-25. — Termine massimo. — 26. In dritto comune. — 27. Presunzione sul momento iniziale della capacità giuridica. — 28. Vera teoria in dritto romano e moderno. — 29. Presunzione dagl'indizi di vita, e forma umana.

21. Il fatto che, al tempo della devoluzione dei dritti al nascituro, questi era concepito dev'essere dimostrato come ogni altro fatto giuridico.

Già Ulpiano, come risulta dal suo frammento del libro 41 *ad edictum,* sopra riportato (1), afferma che non basti che la donna si dica incinta, occorre che tale sia davvero: il che significa che il fatto doveva essere provato. La prova in sè del fatto non poteva offrire alcuna difficoltà. Ma la difficoltà incomincia per la determinazione del tempo del concepimento, al quale si rannodi un dritto. Non è agevole la prova, perchè il momento del concepimento non è possibile che si determini con precisione. In molti casi, specialmente nel primo stadio, è necessità ricorrere a presunzioni. Ora, che la prova del concepimento, dell'esistenza di un nascituro nell'alvo materno, dovesse darsi, non è dubbio: soltanto si potrebbe dubitare circa il modo di provare il tempo in cui quello sarebbe avvenuto, quando il dritto si devolveva in un periodo tale anteriore alla nascita, da non offrire la certezza se in esso il fanciullo si trovasse o no concepito. In questa ipotesi non poteva che ricorrersi a presunzioni più o meno avvalorate da altre indagini e da altri indizi, che si ritenessero opportuni.

22. Nel dritto romano una sola presunzione risulta dalle fonti, ed è in tema di legittimità. Le fonti rivelano un duplice termine di questa presunzione: uno a *quo,* un altro *ad quem.* Il primo ha inizio dal principio del settimo mese dopo la celebrazione del matrimonio; talchè si presume legittimo il figlio nato dopo 181 giorni dalla conclusione del matrimonio (2).

(1) L. 1, § 1 *de vent. in posses.*

(2) L. 12, Dig. *de statu hom.* (1, 5), L. 3, § ult. *de suis* (XXXVIII, 10).

Digitized by Google

Il fram. 12 Dig. *de statu hom.* è il celebre frammento pauliano, sul quale grave discussione s'è impegnata fra i romanisti (1). Il secondo termine va dalla fine del decimo mese dalla morte del marito, cioè il figlio è presunto legittimo s'egli è nato prima del compimento del decimo mese dopo lo scioglimento del matrimonio (2).

23. Il riconoscimento di questi due termini rimonta al di là del dritto romano. In Grecia era universalmente ammesso, come rilevasi da parecchie fonti che si riferiscono a quella civiltà, a cominciare da Omero, il quale, riconobbe di sei mesi il periodo minimo della gestazione e di dieci quello massimo (3). Pitagora ammise questo duplice periodo (4), il quale fu accolto anche nel dritto romano (5). Sul testo vessato di Paolo è notevole la correzione proposta dal Noodt, nel senso di doversi leggere: « ut aut septimo aut pleno decimo mense » (6). E non pare che regga l'osservazione del Savigny contro questa correzione, che, cioè, il fanciullo nato nel corso del decimo mese non sarebbe vitale (7), perchè il « plenus decimus mensis » sarebbe qui il termine più lungo per la presunzione della legittimità. Censorino ci espone la teoria pitagorica in proposito (8).

Il Savigny critica Paolo, al quale rimprovera un'erudizione superflua e inintelligente, essendo dissimile la teoria del dritto romano (9). Egli pensa che il frammento pauliano debba intendersi limitato all'istituto del *ius liberorum*. In ogni caso quel frammento non invanisce la estensione del termine minimo, anche avuto ri-

(1) Noodt, *Ad pand.* lib. 1, titolo 6; — Savigny, *Sistema*, § LXIII, appendice.

(2) L. 3, § 11 *de suis et leg.* (XXXVIII, 16); L. 20 pr. Dig. *de lib. et post.* (XXVIII, 2); L. 4, *de post. her.* (VI, 29); L. 29 pr. *de lib. et post.* (XXVIII, 2); L. ult. *cod. de post. her. inst.* (VI, 29); L. 6, Dig. *de his qui sunt. sui* (I, 6); L. 12, Dig. *de sta. hom.*; Nov. 39, c. II.

(3) Odis. 19, 115; — Cic., *de nat. deor.*, 2, 27, 63 — *ad Attic.* 10, 18, 1; — Plauto, *Cost.*, 1, 3, 14; — Ovidio, *Fast.* 3, 124; — Macrob, *Satira* 1, 8, 5; — Nov. 40, 20, 592, 38; — Ferrini in Glück, Vol. 1, § 115 in nota.

(4) Censorino, *de die*, n. 9, 3 — 11, 2.

(5) Pauli, R. S. 4, 9, 5 già citato.

(6) Loc. cit.

(7) Savigny, loc. cit.

(8) *De die natali*, 11.

(9) Savigny, loc. cit.

Digitized by Google

guardo alla prima parte, nella quale è detto: « septimo mese natus patri prodest ». Il Voigt ritiene che il periodo massimo sia stato, probabilmente, identificato coll' anno romuleo (1). Ippocrate invece estese il massimo termine ad undici mesi, mentre ritenne il minimo di sei mesi.

E questa dottrina parve, per un momento, essere accolta in Roma, come appare dal seguente periodo di Aulo Gellio: « Hoc quoque venisse usu Romae comperi: foeminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense, post mariti mortem, peperisse, factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent: sed divus Adrianus, causa cognita, decrevisse in undecimo mense partum edi posse; idque ipsum eius rei decretum non legimus » (2).

Ma questo principio ippocratico non ebbe seguito o almeno non ebbe valore d'una norma generale. Giustiniano, nella Novella citata (3), dichiarò fra l'altro: « Mulier enim ad virum veniens, hunc extulit, ut appareat, etiam superstite eo, non caste vivere cogitans, nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto, peperit, ut non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partus, neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est ».

Questa presunzione riguardo al duplice termine non riveste il carattere di una *praesuntio iuris et de iure* (4).

È comunemente ammesso dai romanisti che il fondamento di questa presunzione stia nella fisica possibilità che il figlio sia stato generato dal coniuge, che si ritiene il padre, durante l'unione matrimoniale.

24. Nel dritto giustinianeo, pel testo della Novella 39, c. 2, e precisamente per le parole « undecimo mense perfecto » che l'Hombergk traduce invece « sub finem undecimi mensi », è sorta questione fra i romanisti. Alcuni vogliono che Giustiniano abbia inteso di ritenere legittimo un figlio nato in principio del mese un-

(1) XII Tav. p. 294; — Ferrini in Glück, loc. cit.

(2) N. A., lib. III, cap. 16.

(3) Nov. 39, cap. II.

(4) L. 11, Cod. *de nat. lib.* (V, 27); Nov. 89, cap. VIII, § 1; — Serafini, *Ist.*, vol. 2, § 170; — Glück, op. cit.

Digitized by Google

decimo; e altri affermano che non abbia derogato al termine. La questione, come vedesi, è di molta importanza, perchè trattasi di ammettere o no una *mutatio* del termine massimo della presunzione, un *ius novum* riguardo a questo. Seguono la prima teoria Cuiacio (1), il Fabrot o il Carpzovius (2), lo Struvius (3), il quale si limita soltanto ad aggiungere: « imo et initio undecimi mensis, arg. nov. 39, c. 2 »; lo Schmidt (4), il Menochius (5). E gli antichi romanisti, come il Bartolo, limitarono ai primi giorni dell' undecimo mese la estensione della presunzione di legittimità (6). Seguono la seconda non meno autorevoli giuristi, fra i quali si notano il Carranza (7), il Berger (8), l'Huter (9), il Biener (10), il Cocceio (11), il Glück (12). Fra costoro il Cocceio si meraviglia come si sia opposta la Nov. 39, c. 2 alla limitazione del termine massimo a mesi dieci. Egli ritiene: « de iure certissimum omnino est initio undecimi mensis natum non videri legitimum, quae enim evidentior conclusio, quam, haec: post decem menses mortis natus non est legitimus ». E nel caso della Novella 39, c. 2 osserva: « proponitur ibi casus mulieris, non quae intra annum luctus nupserat, sed scortata fuerat, eoque impudentiae prolapsa erat, ut ideo contenderet, se non incidisse in poenas mature nubentium, quod non ex nuptiis, sed illegitimo coitu peperisset: adeoque fatebatur spurium esse. Hoc solum decidit Imperator d. c. 2. poenas ad hunc actum non minus, sed magis quoque extendendas esse ». E bene in prosieguo incalza contro l' opposta teoria: « In illa specie mulier non sub finem mensis undecimi (unde a contrario inferunt, secus esse si initio eiusdem mensis partus editus sit), sed mense undecimo *iam perfecto*, adeoque initio duedecimi peperit. Unde a

(1) *Ad R. S. Pauli*, IV, 6,
(2) *Ex. de tempore par. hum.*, p. 38. — *Iurisp. for.*, p. IV, const. 27, *det.* 15.
(3) *Syntagma, h. t.* exercit. 3, t. 4.
(4) *Oeffentliche Rechtsprüche*, pag. 215 e seg.
(5) *Arbitr. judic. quaest.*, 89, n. 40.
(6) Bart. in L. Gallus, 29, n. 12, Dig. *de lib. et post.*
(7) Op. cit., pag. 587.
(8) 1, 2, § 3, not. 5.
(9) *h. t.*, § 5.
(10) *Variae i. c. quaest.* q. 2.
(11) *Jus civile contr.*, lib. I, tit. VI.
(12) Lib. 1, § 116.

Digitized by Google

contrario non magis ad initium, quam ad medium aut finem eius mensis undecimi inferri potest » (1).

La traduzione dell'Hombergk « sub finem undecimi mensis » ci sembra arbitraria.

25. Il termine massimo dei dieci mesi, tratto, come si è visto, dal dritto ellenico, fu conservato nelle XII Tavole, e specialmente nella *Tabula IV*, ov'è detto, secondo i frammenti a noi pervenuti e alla meglio ricostruiti: « Si qui ei in X mensibus proximis postumus natus escit, iustus esto ». Senonchè il frammento di Gellio, che ricorda un decreto di Adriano, e la Novella 39, c. 2, potrebbero far credere ad una vera estensione del termine fino all'undecimo mese, come pur ritennero Aristotile, Dione e Varrone; ma, tenute presenti le specialità delle circostanze tanto del decreto adrianeo che della Novella di Giustiniano, si rivela fermissimo il principio generale del massimo termine dei dieci mesi, quale *regula iuris* nel campo del dritto romano.

Infatti, ben ponderato il passo di Gellio, ne risulta che Adriano decretò la legittimità del figlio nato nell'undecimo mese contro il dettato delle XII Tavole *causa cognita*, in esclusivo riguardo dei *boni* et *honesti mores* della madre e della « non ambigua pudicitia » di lei. Trattavasi adunque di un eccezione. Adriano aveva di fronte due difficoltà: la *regula iuris* delle XII Tavole, e l'insospettata onestà e pudicizia della donna vedova, che inducevano nel suo animo il fermo convincimento di non avere ella tradita la fede al defunto marito; e, sotto l'influenza della dottrina greca, credette doversi trattare di una gestazione oltre il periodo ordinario, base della presunzione legale. E il fatto stesso di essersi ricorso all'imperatore dimostra già che occorreva un atto di suprema autorità legislativa per derogare alla norma comune di dritto. Il decreto adrianeo adunque contiene un favore speciale per la donna che l'invocò, limitato alla persona di lei, e che non può neanche elevarsi alla importanza di un *ius singulare*. Quanto alla Novella 39, c. 2, non bisogna intenderla analiticamente, interpretando ogni periodo e ogni frase in disparte l'una dall'altra e le considerazioni indipendentemente dalla specie di fatto contemplata, alla quale sono accomodate, ma coglierla nella sua sintesi, mettendo le diverse parti in armonia fra loro. Una donna dà alla luce un fanciullo dopo undici mesi dalla morte del marito « undecimo mense perfecto » secondo la vulgata,

(1) Cocceius, loc. cit.

Digitized by Google

o « sub finem undecimi mensis » secondo l'Hombergk. I figli del defunto marito chiedevano la decadenza della moglie dalla donazione antenuziale fattale dal marito. E l'Imperatore si esprime: « recte filï sic mirabili matris partu iniuriati, antenuptialem patris poscebant accipere donationem, et non lucrari valere mulierem per virum, quem sic velociter dehonestavit ». Ma la madre alla pretesa dei figli opponeva che la legge punitiva delle nozze intempestive contemplava quelle legittime, mentre ella non le aveva contratte, e quel parto era il frutto d'illecito amore. « At illa, prosegue Giustiniano, (sed quomodo dicamus verba illius erubescimus) non dignam se dicebat esse, ut caderet; quia legem nosceret de legitimis loquentem nuptiis: sibi vero non fuisse nuptias, nisi primas: porro partum hunc esse opus naturalis concupiscentiae ». Però l'Imperatore decise doversi estendere a lei le penalità stabilite pel secondo matrimonio intempestivo, stabilendo in tesi generale: « modis omnibus mulierem privari antenuptiali donatione, et secundum proprietatem et secundum usum » e aggiunse: « subdendam quoque aliis omnibus poenis, ac si secundas eam contigisset ante luctus tempus legitimas celebrasse nuptias. Non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria: sed subiiciatur quidem et ipsa poenis, periculumque sostineat etiam circa spem scripturae propter stuprum: ut neque nuptias intempestivas desideret, neque legitimas nuptias maiore malo circumveniat ». Dunque la questione qui decisa non riguarda la determinazione di un altro termine massimo per la presunzione del concepimento prima della morte del marito, ma si concreta in questo, se, cioè, debba la donna, malgrado le parole della legge che contempla le seconde nozze, decadere dalla donazione *ante nuptias* fattale dal marito, e incorrere nelle altre pene sancite pel secondo matrimonio intempestivo, ov'ella desse alla luce un fanciullo, frutto d'illegittimi amori. Anzi le parole usate da Giustiniano « non esset possibile dicere quia de defuncto fuisset partus » mirabili matris partu » dinotano com'egli non pensasse ad allungare il termine della presunzione.

26. Nel dritto comune si trascesce ad esagerazioni, e si è lungamente discusso circa la legittimità di fanciulli nati finanche dopo l'undecimo e il dodicesimo mese (1). Ma prevalse il principio di man-

(1) Nebel, *de partu tredicimestri;* — Metzeger, § 281, 290; — Puettmann, *de partu undecimestri*; — Leyser, *de postumo anniculo;* — Wernker, 3, pag. 3, observ. 36; — Heister in Schlegel, *Collectio op. sel. ad med. for. spect,* vol. II, n. 8.

Digitized by Google

tenere il termine ordinario dei dieci mesi dal tempo della morte o anche dell' assenza del marito (1).

La presunzione però, come quella ch' è semplicemente *iuris tantum*, poteva essere scossa con prove contrarie, fra le quali bisogna annoverare, principalissima, lo stato del fanciullo nato. La maturità, più o meno perfetta, di questo offre fisiologicamente un elemento importante, talvolta sicuro e decisivo, per la determinazione dell' epoca, almeno approssimativa, almeno quanto al mese, del concepimento. E questa prova vale tanto pei postumi che per gli altri.

Gli scrittori di dritto comune hanno pur ammessa la necessità della indagine sullo stato del fanciullo (2). Invero è facile scientificamente distinguere un parto a sette mesi da un altro pienamente maturo. E se un fanciullo presentasse tutt' i caratteri di una gestazione soltanto settemestre, non potrebbe vantare dritti rimontante a 10 mesi prima. Qui si rannoda una questione che si è agitata nel dritto comune. Una donna passa a seconde nozze dopo un mese dalla morte del marito, e dopo sette o otto mesi dalla conclusione di quelle ha un figlio: a quale dei due mariti dovrà questo attribuirsi? Gravi difficoltà sono sorte a proposito di tale questione. Il Kopp enumera tutte le varie opinioni (3). Crede che il dubbio debba risolversi nel senso di ritenersi il secondo marito padre del fanciullo. La teoria dominante però afferma doversi il dubbio risolvere colla indagine della maggiore o minore maturità del feto. A noi pare anche essere miglior partito ricorrere a un' indagine scientifica, se questa sia possibile.

La presunzione però cade di fronte al riconoscimento del padre; talchè debba reputarsi legittimo il figlio che il padre riconosca come tale, quantunque nato prima del termine minimo del matrimonio (4). Su ciò sono di accordo i giuristi. In questa ipotesi, una costituzione e una novella di Giustiniano prescrivono « ut non

---

(1) Ploucquet, *Capacità ereditaria dei figli* (Erbfähigkeit), § 40; — Schlegel, *Collectio*, II, 114; — Schnobel, *de partu serotino;* — Haller, Volesungen, v. l., c. 9, pag. 119; — Metzger, § 290; — Glück, vol. 1, § 116: — Schell, *dritto matrimoniale*, pag. 410.

(2) Hofacker, 1, § 544; — Struben, V, diff. 86; — Ploucquet, *Requisiti fisici*, § 38, 39; — Metzeger, § 279; — Glück, loc. cit.

(3) *De partu dubio, quem scilicet vidua intra dies lugubres enixa est.*

(4) Voet, *Comm.*, lib. I, tit. 6, § 5; — Hofacker, I, § 544; — Glück, loc. cit.

Digitized by Google

tempus conceptus, sed partus inspiciatur, propter filiorum utilitatem » (1): ut semper in huiusmodi quaestionibus in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur; et hoc favore facimus liberorum » (2).

27. La presunzione circa il tempo del concepimento, espressamente statuita in tema di legittimità, è per sè operativa per tutti quei dritti che al nascituro competono in forza della qualità di figlio legittimo, specialmente nel campo del dritto successorio. Ma la questione può sorgere nel senso se, fuori i casi di legittimità, sieno invocabili i termini di quella presunzione per la determinazione dell' epoca del concepimento, pei fini dell' acquisto dei dritti al nascituro. Così, si devolve a questo un' eredità: si dubita se egli al tempo della *delatio* sia stato o no concepito. Ora può impegnarsi la disputa se si possa o no invocare i termini di quella presunzione, la quale in sostanza non è che una presunzione del tempo in cui sarebbe avvenuto il concepimento. Un' eredità è lasciata al figlio nascituro di una determinata persona, o si devolve per legge; nel decimo mese dopo il figlio viene alla luce. *Quid iuris?* Può invocarsi la presunzione che a quell' epoca sia stato concepito? Considerato il fondamento della presunzione, che consiste nella possibilità e nella probabilità che il figlio sia stato concepito per opera del coniuge, ritenuto suo padre, e, necessariamente, al tempo indicato nella presunzione stessa, anteriore cioè al termine trascorso dalla morte del padre alla nascita del figlio, è logico che la medesima presunzione analogicamente funzioni anche in altri casi fuori l' ipotesi della legittimità. Trattasi di una presunzione fondata sopra un fatto o un principio naturale, non avente alcun carattere di *ius singulare*, e però estensibile ad altre ipotesi analoghe.

28. I giureconsulti romani non crearono una presunzione, come ogni altra, risolventesi in una *fictio iuris*, ma elevarono un fatto o un principio fisiologico alla importanza giuridica di una presunzione legale, dandogli cioè l' efficacia giuridica di prova della legittimità, quando concorresse a vantaggio del postumo. Essi in sostanza lo applicarono alle controversie sulla legittimità in favore dei figli. Ora se questa non è che l' applicazione di un principio fisiologico, è conforme alla natura delle cose e alla logica del dritto che si estenda fin dove è fisiologicamente possibile, E, pur spoglio

(1) V, 27; Nov.: LXXXVIIII, 8.
(2) L. 11 Cod. *de nat.*, lib. V, 27.

Digitized by Google

del carattere giuridico di *una praesumptio iuris*, rimane sempre quel principio un fatto naturale e fisiologico, che bene può essere elevato dal giurista ad elemento probatorio nelle indagini sul tempo probabile del concepimento. E se non può dare la certezza assoluta, perchè, fisiologicamente, l'istante del concepimento resta, finora, un segreto della natura, indeterminabile con precisione matematica, vale certamente a costruire una presunzione fisiologica, informata a naturale e fisiologica probabilità o possibilità. E però questo elemento di prova, anche a prescindere dalla estensibilità analogica di una norma legale, è invocabile nelle ricerche sull'epoca del concepimento, per la devoluzione dei dritti al nascituro. A noi dunque sembra che questa teoria, che qui proponiamo riguardo ai dritti dei nascituri, non proposta, crediamo, finora, sia sorretta da due ordini di considerazioni inoppugnabili:

A) La presunzione legale di legittimità si concreta nella presunzione che il momento del concepimento rimonti al tempo anteriore alla morte del padre, e che però il concepimento sia avvenuto per opera di lui. Questa presunzione, analizzata, si scinde in due elementi: in un elemento fisiologico, naturale, consistente cioè nella probabilità o possibilità fisica che il concepimento si sia verificato a quel tempo, e in un elemento esclusivamente d'induzione logica, consistente nella induzione che il concepimento sia stato opera del marito. Il primo elemento ha un carattere e un fondamento fisiologico d'indole generale e scientifica; l'altro ha un valore semplicemente logico d'induzione, ed esso costituisce la parte più sostanzialmente giuridica, perchè è il risultato di un processo logico induttivo, elevato alla dignità giuridica di una presunzione legale. L'uno è un principio naturale o fisiologico, scientificamente vero, che può stare da sè come principio scientifico generale; l'altro non può esistere in disparte ed è una induzione legislativa rivestita dell'efficacia giuridica di una presunzione legale, la quale è una creazione più o meno arbitraria del legislatore, e sul valore logico di quell'induzione non pochi dubbi possono aver luogo. Talchè la sostanza vera della presunzione è riposta appunto in questo secondo elemento di valore logicamente induttivo, giuridicamente come *praesumptio*, creazione della volontà legislativa.

Esso, come ogni altra presunzione, può o meno corrispondere alla realtà. Dunque, duplice si ravvisa il fondamento della presunzione, fisiologico e logico; ed inesatta ci sembra la teoria universale dei giuristi, che, sfuggendo l'analisi, confondono entrambi gli

Digitized by Google

elementi in un concetto complesso. Ora l'elemento naturale può benissimo funzionare come elemento probatorio o dato scientifico pel calcolo e per l'approssimativa determinazione del tempo del concepimento, in guisa da offrire uno stato di prova simile a quello che si ottiene in tema di legittimità.

B) A prescindere da questa considerazione, il dritto romano, nella sfera dello *status familiae* e del dritto successorio, ha costruita una *regula iuris* sulla base di un principio naturale e d'induzione logica, avente carattere generale, non contraddicente ad altra regola generale di dritto nel sistema positivo della legislazione, e però applicabile ad altri casi analoghi, pei quali concorra la *eadem ratio decidendi*. E per essere il contenuto di questa norma una presunzione *iuris tantum*, essa può venir meno di fronte a prove contrarie più sicure e più evidenti. Così, dato che un dritto rimonti a uno spazio di nove o dieci mesi innanzi alla nascita di un fanciullo, e questi si chiarisca fisiologicamente, per lo stato del suo sviluppo, avere avuta una vita intrauterina di appena sette mesi, è certo che quel dritto non gli possa appartenere, come quello che si è devoluto quando il fanciullo era assolutamente inesistente, o, come dicono le fonti, non si trovava *in rerum natura*, non ancora concepito. Infine è da osservare, che, fuori i casi di legittimità, il termine minimo della presunzione non ha importanza, perchè quanto più vicino alla nascita si devolve un dritto al nascituro, tanto meno può sussistere il dubbio sul suo concepimento. Importante invece è il termine massimo, perchè il dubbio può sorgere se al principio di esso, nel decimo mese innanzi alla nascita, il nascituro si trovasse o no concepito. Se un dritto si devolve nove mesi prima della nascita, si dovrà a *fortiori* ritenere l'esistenza del concepimento, essendo quello il termine normale: non si tratta di alcuna presunzione legale, ma di una prova basata sopra un fatto naturale ordinario. Ma anche questa prova può essere scossa, ove lo stato del fanciullo dimostri che la sua vita intrauterina non abbia oltrepassato il settimo mese, o non possa estendersi fino al nono. Questa prova però dev'essere evidente e sicura, come quella che varrà a distruggere una prova derivante da un fenomeno naturale ordinario. Tali sono i principii del dritto romano a proposito del nascituro. Vedremo se il codice civile per l'impero germanico e le altre principali legislazioni li hanno accolti o se ne siano e quanto allontanati.

29. Il fanciullo, appena venuto alla luce, acquista in modo de-

Digitized by Google

finitivo tutt' i dritti che gli erano stati riservati condizionatamente, perchè, verificata la condizione, l'acquisto si ritiene avvenuto fin dal momento in cui si operò la nascita di quelli. Basta che il fanciullo esista un istante solo separato dal corpo materno e che dia non dubbi segni di vita, senza che occorra, come abbiamo dimostrato innanzi, la vitalità (1). Sui segni di vita i giureconsulti romani non erano di accordo, specialmente i proculeiani e i sabiniani (2). Gli uni ritenevano come nato morto il fanciullo che dopo la nascita non avesse vagito; gli altri insegnavano non essere necessarii la voce e il vagito, e bastare altri segni di vita. Giustiniano troncò legislativamente la disputa, decidendola in favore dei Sabiniani (3). La relativa costituzione appartiene alle cinquanta *decisiones*.

La controversia fra le due scuole si era posta nei seguenti termini: se un postumo che non aveva vagito potesse rompere o meno il testamento. Sulla decisione giustinianea veggasi il Merillius (4). Nel dritto medioevale germanico si riteneva indispensabile il vagito del neonato, o, come si esprimevano quei giuristi, « che il neonato avesse fatto risuonare le quattro pareti della casa » (5). Ma l'introduzione del dritto romano fece prevalere il principio giustinianeo, tranne quando gli statuti locali avessero mantenuto l'antica norma tedesca. Il codice prussiano richiede che testimoni non sospetti abbiano udita la voce del neonato (6). Tra i romanisti moderni, il Pernice inclina a credere che l'antichissima opinione richiedente il vagito del neonato fosse fondata sopra concetti religiosi (7), e il Voigt pensa che poggiasse sopra antiche teorie di medicina (8).

(1) L. 141 *De verb. signi.* (L. 16); L. 12 Dig. *de lib. et post.* (XXVIII, 2); L. 1, § 5 *ad SC. Tert.* (XXXVIII, 17); L. 3 Cod. *de post. her.* VI, 29. Un certo dubbio ha suscitato fra i romanisti il frammento di Paolo 132 § 1 *ad Leg.* P. et P. L. 16. Il dritto stretto starebbe contro la madre, ma l'equità consiglia di favorire la madre col *ius trium liberorum.*

(2) G. Mascovius, *De sectis sabinianorum et proculianorum.* — Opuscula IX, 6 — 202 e seg.

(3) L. 3 Cod. *de post. her.* VI, 29.

(4) Opera, *Neap.*, 1720. Exp. in L. decis. n. XXVIII.

(5) *Specchio sassone*, 1 — art. 33 — *Dritto feudale* c. 21; *specchio svevo* c. 92; *dritto feudale alemanno*, c. 14, e Glück, Vol. 1, § 115.

(6) P. 1ª, tit. 1°, § 13.

(7) Labeo, I, pag. 204.

(8) XII Tav., pag. 250; — Vedi anche Ferrini in Glück, loc. cit., nota *a*.

Digitized by Google

Inoltre il dritto romano, per l'esistenza della persona, esige la forma umana (1). Gli studi storici pare che dimostrino come in origine la negazione della personalità ancora dipendesse da motivi religiosi (2), poscia si finì col richiedere l'aspetto umano come condizione dell'esistenza della persona umana (3). Coloro che non hanno forma umana non sono considerati come uomini (4). Gli antichi filosofi e fisiologi insegnavano che un'anima ragionevole potesse soltanto esistere in un corpo avente forma umana. Se venga alla luce un mostro, si ha come non nato riguardo ai dritti, e però la condizione si ritiene mancata (5).

Si è disputato molto nel dritto comune se le disposizioni del dritto romano fossero applicabili nel progresso delle scienze. Molti ne propugnarono la negativa (6), e alcuni hanno perfino invocata la L. 135 D. e V. S. (L. 16), dov'è il concetto: « partum monstruosum parentibus prodesse ». Altri invece propugnarono il principio romano, come lo Schott (7) e il Glück (8).

In verità il frammento ulpianeo (L. 135 de V. S.), invocato dai sostenitori della prima opinione, non è bene a proposito invocato, come giustamente affermano il Glück (9), l'Eineccio (10), G. Gotofredo (11), il De Retes (12), il Del Manzano (13), il Finestres (14) e tutti gli altri antichi scrittori citati dal Glück e dal Poll (15).

(1) L. 14, Dig. *De statu. hom.* (1, 5).

(2) Vedi Ferrini in Glück, lib. 1, § 114, nota *a.* Liv. 27, 37; — Cic., *De divi.* 1193.

(3) L. 38 Dig. (L. 16).

(4) L. 135 Dig. *de* V. S. L. 16; — Weber, *de iure monstrorum*; — Giessen, 1712; — Lynck, *an monstra ex hominibus nata sint homines*; Strasburgo, 1732; — Cocceio, *ius controv. de statu hom.* q. 6.

(5) L. 3 Cod. *de post. her.* (VI, 29).

(6) Hommel, IV, obs. 905, pag. 588; — Halteben, sp. 16, m. 2; — S. Stryckius, *Usus modern. pande. h. t.*, § 14.

(7) *Unparth. Kritik*, vol. 10, pag. 723.

(8) Loc. cit., § 114.

(9) Loc. cit.

(10) Comm. *ad L. J. et* P. 2, 14, pag. 264.

(11) Comm. *ad leg. J. et P.* c. 12.

(12) Thes. Meermann, VI, 89.

(13) ibi V, 502.

(14) *Praelect. ad tit. pand. de lib. et post.*

(15) *De ex hered. et praeter.*, c. 39, § 13, pag. 247.

Digitized by Google

Sono dello stesso parere il Vangerow (§ 32, n. 4), il Savigny (*Sistema* § 61); il Serafini in Arndts (§ 25, n. 5), il Carranza (*de portu nat. et leg.*, pag 417. Il Wissembach crede interpolato il frammento di Paolo (*de emble. Trib.* pag. 399); e il Merillio scorge un'antinomia fra quel frammento e il frammento ulpianeo nella L. 135 *de* V. S. (obs. 1, 33).

Dai *monstra* i giureconsulti romani distinguono i *portenta* o gli *ostenta* (1). Si dicono tali quelli aventi il capo umano, ma in qualche modo deformato, o deformate le altre membra o anche in numero maggiore dell'ordinario. Essi erano annoverati fra gli uomini, conservavano i dritti e li trasmettevano (2).

Alcuni romanisti, argomentando inesattamente da un frammento di Paolo (L. 44, dig. 11, 7), affermano che la natura umana si debba riconoscere dal capo. Ma a ragione altri hanno comfutata tale affermazione, osservando che il frammento pauliano non contenga quel concetto.

La condizione della forma umana non è espressamente prescritta nella legislazione italiana e germanica, nè in quella sarda (705), napoletana (646), parmense (623), ticinese (380), estense (721), e quindi i *monstra* come gli *ostenta* non sarebbero esclusi dal novero delle persone capaci di dritto (3) Nondimeno la dottrina, in generale, presuppone che debba esistere la forma umana, come un principio tacitamente riconosciuto e inerente al concetto del subbietto umano.

La legislazione austriaca invece esige che il neonato abbia forma umana (4), e così il codice portoghese (art. 1776 § unico), il codice spagnuolo (art. 305) e il codice prussiano (17).

---

(1) L. 38 *de* V. S. (L. 16).
(2) L. 14 Dig. *de sta. hom.*
(3) Vedi in ogni modo il Buccellati, *Ist. di dr. pen.*, § 333.
(4) Unger, op. cit., § 26.

Digitized by Google

Capo IV.

Codice per l'impero germanico.

30. Principio ammesso dal codice germanico. - Critica. — 31. Estensione.

30. Il codice germanico non ha disconosciuti i dritti del nascituro e in più luoghi ha provveduto alla loro conservazione. Ma non ha evitato quel legislatore un errore comune dei maggiori giuristi tedeschi nella costruzione della teoria fondamentale. Nel § 1923 sintetizza il principio generale in tema di capacità a succedere: erede può essere solo chi vive all'epoca dell'apertura della successione. E nel capoverso: « chi all'epoca dell'apertura della successione non viveva ancora, ma era già concepito, *si ha come nato prima dell'apertura della successione.*

Qui sta la costruzione teorica della norma a favore del nascituro: consiste in una vera e propria *fictio iuris,* contraria alla realità. Il legislatore fissa, come principio generale, che soltanto col compimento della nascita l'uomo acquista la capacità giuridica (§ 1°), e lo applica in materia di successione nel § 1923. Poi come deroga a questo principio crea una *fictio iuris,* considerando come nato il nascituro prima dell'apertura della successione.

Ora questa finzione, che riproduce un errore teorico comune dei romanisti, elevata alla dignità di un precetto legislativo, apertamente contraria alla obbiettiva verità naturale, non risponde alla vera dottrina dei giureconsulti romani, la quale considerò il concepito come un essere esistente *in rerum natura,* quantunque faciente parte del corpo materno (L. 6 e 7 Dig. *de suis et leg.* XXXVIII, 16; L. 7 e 26 Dig. *de statu hom.* 1, 5; L. 2, § 6 Dig. *de excusat.* XXVII, 1; L. 9 in f. *ad leg. falcid.*). Nella prima Giuliano e nella seconda Celso ritengono il nascituro come *in rerum natura: conceptus* quodammodo in rerum natura esse existimatur « si esprime Celso. E del pari Paolo, nella terza delle leggi citate: « qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur ». E nella quarta, Giuliano: « qui in utero sunt in toto pene iure civili intelliguntur in rerum natura esse ».

Nel dritto romano, come abbiamo dimostrato alla base di tutt'i testi che si riferiscono al nascituro, trattasi di una conservazione

Digitized by Google

condizionale di dritti a favore di un essere in via di formazione e di sviluppo nella sua vita intrauterina. Neghiamo assolutamente la esistenza di una *fictio iuris*. Questa, creata nel codice germanico, oltre all'essere in contraddizione col puro dritto romano, ripugna alla verità obbiettiva, e al principio fisiologico che l'esistenza dell'uomo s'inizia col suo concepimento. Nè v'era ragione pel legislatore tedesco di ricorrere ad una finzione evidentemente contraria alla realtà, quando la ragione delle cose lo consigliava, come si era fatto in quasi tutte le legislazioni del mondo, ad avere riguardo anche alla vita intrauterina dell'uomo. E, in contemplazione di essa, poteva mantenere la norma di dritto comune: conservare i dritti all'essere in via di sviluppo che si spera divenga un uomo. Crediamo nè ragionevole nè utile quella *fictio iuris*. Questa finzione giuridica non esiste nè nel codice italiano, nè nel francese, nè nell'austriaco. Essi conservano al nascituro tutt'i dritti che gli si devolvono dal concepimento, senza costruire la finzione giuridica di riguardarlo come nato. E ci sembra che teoricamente sieno più logici e più esatti.

31. Il codice germanico provvede alla tutela dei nascituri nei paragrafi 1912, 1918, 1923, 1963, 2101, 2141, 2106 capoverso e 2108.

Il nascituro, rispetto al dritto di successione, si considera nato ed è capace di succedere. Può essergli deputato un curatore per la tutela dei suoi futuri interessi, ove il bisogno lo richieda. E la cura spetta al padre o alla madre nel caso che il figlio, se fosse nato, si troverebbe sotto la patria potestà dell'uno o dell'altra (§ 1912). E la curatela ha fine colla nascita (§ 1918). Se, all'epoca dell'apertura della successione, v'è luogo ad aspettare la nascita di un erede, la madre, ove non si trovi in grado di provvedere da sè al proprio sostentamento, ha dritto di avere sull'eredità, o sulla porzione ereditaria competente al nascituro, il mantenimento conforme al suo stato sociale fino al tempo del parto. Nella determinazione della quota ereditaria del nascituro, si ritiene che venga alla luce un figlio solo (§ 1963). Quest'ultima disposizione del citato paragrafo è in aperta antitesi al principio del dritto romano, contenuto nella L. 3 Dig. *si pars* (V, 4) di Paolo, tratta dal libro 17° *ad Plautium*, nella quale è detto: « prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint, nam, ut

Digitized by Google

ait Theophrastus, quod semel vel bis factum est, praetereut legum latores: ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit ». *Quid iuris,* se vengono alla luce più di uno? Sarà tema di esame nel dritto ereditario: diciamo solo che troverebbe applicazione il concetto del frammento seguente a quello sopra citato.

Il codice germanico ha l'istituto dell'erede susseguente o del post-erede: il testatore può istituire cioè un erede in modo che questi diventi erede soltanto dopo che sia divenuto tale un altro (§ 2100). Ora, quando sia istituita erede una persona non ancora concepita al tempo dell'apertura della successione, nel caso di dubbio, si ritiene che sia istituita come erede susseguente (Nacherbe). Ma se risulti che non era tale la volontà del testatore, l'istituzione rimane inefficace; e lo stesso principio si adotta per l'istituzione di una persona giuridica che sia posta in essere dopo l'apertura della successione, salvo se si tratti di una fondazione, la quale sia approvata soltanto dopo la morte del fondatore, perchè, in questo caso, per le assegnazioni da lui fatte, si considera come già sorta prima della morte.

Nella ipotesi adunque del § 2101 del codice tedesco, il legislatore ha voluto costruire anche una presunzione: cioè presume che il testatore abbia voluto fare, in favore del *nasciturus* non ancora concepito al tempo dell'apertura della successione, una sostituzione fedecommessaria, considerandolo istituito come un erede susseguente. Ha egli abrogato, colla generale disposizione del § 2100 e con quelle più esplicite e precise dei §§ 2139 e 2104, l'antica regola romana: « *semel heres, semper heres* »: all'apertura della sostituzione, il gravato o erede anteriore cessa di essere erede, e l'eredità si devolve al sostituito, perchè il codice germanico ha conservato l'istituto della sostituzione fedecommessaria. Questa, nella grande maggioranza delle legislazioni vigenti, è limitata ad una sola sostituzione o a un determinato numero di successive sostituzioni. Nel dritto comune, è controversa la questione se la Novella 159, che limita il fedecommesso di famiglia a quattro discendenze, si applichi anche alla sostituzione fedecommessaria. Il dritto anteriore al codice germanico, il codice prussiano, autorizzava soltanto due sotuzioni (1); il codice bavarese e il codice Napoleone non ne auto-

(1) I, 12, §§ 55, 57.

Digitized by Google

rizano che una sola (1). Il nuovo codice germanico però non ha creduto di accogliere siffatte limitazioni, dando alla volontà del testatore ampia libertà, tranne il caso di decadenza o d'inefficacia della sostituzione, se trascorra un trentennio dall'apertura della successione, senza che si verifichi la sostituzione (2).

La presunzione del § 2101 non è che una *praesumptio iuris tantum*, onde può essere combattuta e distrutta colla dimostrazione che la volontà reale del testatore non corrisponda o sia antitetica alla volontà presunta.

Se all'apertura della sostituzione si aspetta ancora il *nascituru*s, il legislatore provvede al mantenimento della madre a spese dell'eredità spettante al figlio (3). Quando si faccia luogo alla presunzione suddetta, la successione è devoluta al sostituito dal momento della sua nascita, e, trattandosi di una persona giuridica, al momento della sua costituzione (4).

La costruzione giuridica della presunzione, che cioè il *nascituru*s, concepito all'epoca della successione, si ha come nato prima dell'apertura di essa, è ripetuta in tema di sostituzione: se il sostituito o l'erede susseguente all'apertura della sostituzione si trovi non ancora nato, ma solamente concepito, si avrà come nato prima di quella.

Quid iuris, quando l'erede susseguente muoia prima dell'apertura della sostituzione, ma dopo l'apertura della successione? Il legislatore qui ha riguardo alla volontà del testatore: il dritto successorio passa agli eredi dell'erede susseguente, perchè tale si presume sia stata la volontà del testatore, salvo che non risulti una volontà contraria di lui. La presunzione cade di fronte alla dichiarazione di un volere diverso. Il trasferimento in questo caso non è spiegabile col principio generale contenuto nei paragrafi 1923 e 2108, che occorra l'esistenza o almeno il concepimento dell'erede o dell'erede susseguente al tempo dell'apertura della successione o della sostituzione fedecommessaria, perchè raccolgano l'eredità, e non si giustifica che col presumere essere stata tale la volontà del testatore. Talchè in siffatte disposizioni dovrà sempre farsi una questione d'interpretazione di volontà, per escludere il trasferi-

(1) Art. 1048 cod. franc.
(2) § 2109.
(3) § 2141 in relazione al § 1963.
(4) § 2106 alin.

Digitized by Google

mento. Molto il nuovo codice germanico ha concesso all' impero della volontà, sia in materia successoria, che in tema di rapporti obbligatorii, immensamente più di quanto le altre legislazioni concedono.

Capo V.

Storia legislativa della presunzione relativa al nascituro nel dritto famigliare e successorio.

32. Dritto romano. — 33. Dritto longobardo. — 34. Dritto germanico. — 35. Dritto feudale. — 36. Statuti. — 37. Codificazioni. — 38. Concetto giuridico nelle legislazioni moderne. —

32. L' importanza dell' argomento ci mena a percorrere i veri periodi storici, a traverso i quali è passata la costruzione giuridica della personalità umana prima della sua nascita, in rapporto alla presunzione di esistenza fin dall' epoca del concepimento, come subbietto di dritto.

Abbiamo largamente discorso del *nasciturus* nel dritto romano. Riccordiamo che i postumi, come persone non ancora esistenti, venivano considerati *incertae personae* e quindi privi dello *testamenti factio passiva:* « ac ne heres quidem potest institui postumus alienus, est enim incerta persona » diceva Gaio (1); e dell' *incerta persona* questo giureconsulto aveva il seguente concetto: « incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit » (2), salvo però, ma non riguardo ai concepiti, l' *incerta persona* che si determinava *sub certa demonstratione* (3). Nell' epoca classica della giurisprudenza romana, a scopo di evitare la rottura del testamento per la nascita di un postumo, si consentì l' istituzione del *postumus suus,* che nascendo sarebbe l' erede necessario del defunto, come colui che, se fosse nato in vita del testatore, sarebbe stato sottoposto alla patria potestà di lui. Il dritto pretorio estese l' efficacia dell' istituzione

---

(1) Gai, *Inst.*, II, 242.

(2) Gai, *Inst.*, II, 238.

(3) Vedi anche Ulpiano, *Fragm.* XXII, 1, XX, 14, 18, XXV, 13; § 25, *Inst. de leg.*, 2, 20; — Gai, *Inst.*, II. 287.

Digitized by Google

anche al *postumus alienus*, concedendogli la *bonorum possessio secondum tabulas*, purchè si trovasse concepito al tempo della morte del testatore (1). Giustiniano andò più oltre: in una costituzione da lui rammentata, ma che non è giunta nel suo testo fino a noi, permise l'istituzione dell'*alienus postumus*, *quasi et iure civili non incognitus* (2).

Nell'epoca bizantina la capacità di succedere del *nasciturus*, come in generale la capacità di succedere, continuò ad essere governata, prima e dopo i Basilici, dalle norme del dritto giustinianeo, tanto nella successione legittima, che testamentaria.

33. L'editto di Teodorico riprodusse, sostanzialmente, il sistema del codice teodosiano in ordine alla successione legittima, e la capacità del *nasciturus* era regolata dal dritto romano anche nella successione testata.

Nel dritto visigotico era già riconosciuta la capacità del nascituro, se trovavasi concepito al tempo della delazione dell'eredità, e, nato, era ammesso come ogni altro erede di egual grado (3). Si richiedeva però non solo che il *postumus* nascesse vivo, ma nascesse vitale, e la vitalità si faceva consistere nell'avere it neonato vissuto per la durata di almeno 10 giorni, o nell'essere stato battezzato (4). Nella successione testamentaria la legge visigotica non contiene alcuna disposizione che regoli la capacità del concepito, ed è a ritenere, come ammettono in questo punto gli storici del diritto medioevale, che si sia rimessa alle norme del dritto giustinianeo e teodosiano. A noi sembra che alla capacità del *nasciturus*, anche nella successione testamentaria, si debba applicare quanto il dritto visigotico dispose per la successione legittima.

34. Nel dritto germanico il *conceptus* si riteneva capace di dritti fin dall'epoca del concepimento, e godeva la capacità di succedere: infatti, se il padre moriva, lasciando la moglie incinta, questa aveva il possesso del patrimonio del *de cuius* per serbarlo al postumo, e, se con esso concorrevano altri figli, il possesso era con costoro comune per la conservazione della quota del postumo. Era mestieri però che questi nascesse vivo e vitale. Ma tutte le leggi germaniche non avevano una regola per la determinazione del requisito della

(1) *Inst. de leg.*, § 28. (2, 20).
(2) *Inst. de bon. post. pr.*, (3, 9).
(3) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 19.
(4) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 17, 18.

Digitized by Google

vitalità, come l'aveva il dritto visigotico. la legge vestrogotica voleva il battesimo del neonato (1), e l'alemannica, che avesse vissuto per un ora e avesse aperto gli occhi sì da vedere il cielo e le pareti della casa (2).

35. La capacità di dritto e quindi di succedere dei concepiti era anche ammessa nel dritto feudale, ma era subordinata al concorso di tutti gli altri requisiti che dovevono completarla, a tenore degli statuti e delle leggi feudali, perchè non tutti indistintamente i nati erano capaci di succedere.

Nel periodo statutario e consuetudinario, anteriore alla codificazione, non si rinvengono regole sicure e generali; in parte le leggi germaniche e in parte influivano gli studi risorti del dritto romano, che suppliva alle lacune delle leggi anteriori.

36. Gli statuti poco o nulla trattano della capacità, specialmente in ordine al dritto successorio: alcuni si rimettono espressamente alle regole del dritto romano, dove non sussistono disposizioni speciali; altri non si rimettono espressamente, ma l'interpretazione generale soccorre al silenzio, nel senso che debba intendersi doversi invocare il dritto romano, che così diventa, nella maggior parte dei luoghi, il dritto comune, in quelle materie non disciplinate da norme speciali. In generale, però, la capacità della persona naturale era fondata sulla vita non solo fisica, ma giuridica, e i semplicemente concepiti erano incapaci di dritti, e quindi incapaci di succedere nella successione legittima e incapaci di ricevere per testamento.

37. Sopraggiunte le codificazioni, i nascituri concepiti furono riconosciuti capaci di dritti in tutte le legislazioni. Così nel codice Napoleone (art. 906 e 725), nel codice austriaco (§§ 22 e 573), nel codice albertino (art. 705, 922 e 1153), nel codice parmense (art. 623), nelle leggi civili napoletane (646), nel dritto pontificio, ove imperava il dritto romano, nel codice ticinese (art. 380, 424 e 601), nel codice estense (721), nel dritto civile prussiano (I, 9, § 367; I, 12, § 631), nel codice sassone (2008, 1995, 1998), nel codice germanico (§§ 1912, 1918, 1963, 2106, 2108, 2141), nel codice civile italiano (art. 236, 724, 160, 161, 764, 1053), nel codice argentino (63 a 69, 7 a 78, 3290), nel codice di Zurigo (868 e 909), nel codice portoghese (1776), nel codice

---

(1) *Vestgötolag. c. a.*, VII, 4, pr.; 12, 1.

(2) *Lex Alemann.*, 105. Vedi anche Ciccaglione, *Dig. It.* XXII, parte 3ª, n. 56.

Digitized by Google

spagnuolo (29), nel codice olandese (3), nella legislazione russa (Svod. 1106, Cod. Balt. 1695), nella legge polacca 23 giugno 1825, nei codici di Berna (10), di Lucerna (10), di Soletta (13), di Argovia (20), di Friburgo (12), del canton dei Grigioni (§ 5 e § 473). Questi codici elvetici vanno più in là degli altri: concedono al concepito la personalità giuridica fin dall' epoca del concepimento, purchè nasca vivo.

V' ha però una differenza fondamentale fra il dritto romano e le citate legislazioni, in ordine al momento iniziale della capacità del *nasciturus* in materia di successione testamentaria: mentre in quello la capacità di ricevere per testamento, la *testamenti factio* passiva, doveva sussistere tanto al momento del testamento, che al tempo della delazione ereditaria, e se l'istituzione era condizionale, a quello della condizione verificata, senza alcun riguardo al periodo intermedio (1), in queste basta che si sia concepiti al momento dell' apertura della successione.

In Austria, una notificazione governativa del 31 luglio 1825 prescrisse che, trattandosi di nascituri istituiti nel testamento, ma non concepiti all' apertura della successione, le disposizioni fatte a loro favore s' intendevano valide nell' estensione dei poteri concessi al testatore relativamente alla sostistuzione fedecommessaria in linea discendente, giusta il § 612 del codice civile; e provvide che, fino alla nascita dell' erede istituito o del legatario nascituro, il possesso e il godimento interinale dell' eredità o delle cose legate, salvo una contraria volontà del testatore, dovessero concedersi agli aventi dritto, nel caso in cui l' istituzione o il legato rimanessero senza effetto per la mancata nascita dell' erede o del legatario (§ 707 cod. civ.); e che l' autorità giudiziaria dovesse tutelare i dritti del nascituro chiamato.

38. Il nascituro concepito, come subbietto di diritti, è dalle leggi considerato quale persona vivente, o presunta tale, non in tutta l' estensione in cui è riconosciuta la personalità dell' uomo nato vivo e vitale, ma limitatamente alla conservazione dei suoi dritti, così come disponeva il dritto romano: « *ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent* (2); talchè la presunzione di esistenza vale « *quotiens de commodis eius agitur: perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius par-*

(1) L. 6, § 2; L. 49, § 1; L. 59, § 4, Dig. *de her. inst.*
(2) L. 3, pr. Dig. *si pars. here.*

Digitized by Google

tus quaeritur » (1). La presunzione, introdotta a favore del nascituro, non può essere utile che a lui, nè può rivolgersi contro di lui. Tutte le legislazioni, riconoscendo e conservando i dritti al concepito, limitano in questo senso la presunzione (2). Tutta la dottrina è in questo senso (3). Il Laurent, dopo aver criticata l'opinione del Ducaurroy, del Bonnier e del Roustain, i quali equipararono completamente il concepito al nato (4), osserva: « la loi ne dit pas cela, elle dit plutôt le contraire, l'enfant né et viable est une personne, et jouit d'une pleine capacité; tandit que l'enfant conçu n'existe pas encore comme personne; s'il peut succeder, c'est, dit l'article 725, à condition qu'il naisse viable ». E il Tribunato in verità esplicava in questo modo il senso della disposizione: « il n'est pas nécessaire, dit-il, que l'enfant soit né pour être habile à succéder: il suffit qu'il soit conçu, parce que l'enfant existe réellement dès l'instant de la conception, et il est reputé nè lorsq' il y va de son interêt, suivant les lois romaines. Cette présomption de naissance, qui equivaut à la naissance elle-même pour déférer le droit d'hérédité, cesse d'avoir lieu si l'enfant ne nait pas viable » (5). La stessa teoria professa, ricorrendo al concetto della presunzione, il Demolombe (6). Egli del pari combatte la dottrina troppo generale e assoluta dei citati scrittori confutati dal Laurent, e aggiunge: « c'est donc aussi, à certains égards, par une faveur bienveillante, que l'enfant simplemente conçu est admis a succéder; faveur du reste trés-bien justifiée, nous en convenons, puisque, après tout l'existence, si elle n'est point encore commencée, a son principe dans la conception, et que l'enfant qui doit naître aura, effectivement, besoin des biens de la succession, qu'on lui attribue ». E al concetto della *fictio iuris* di un'esistenza anteriore alla nascita e dei limiti nell'interesse del *nasciturus* ricorre il Marcadé (7), e il concetto è adottato, generalmente, dalla grande maggioranza degli scrittori italiani e stranieri.

(1) L. 7, Dig. *de statu. hom.*

(2) Vedi le disposizioni dei codici sopra citati, e gli art. 888, 1083 e 1085 cod. it.

(3) Duranton, Tomo. V, n. 51, sull'art. 625;

(4) Laurent, Vol. VIII, n. 536.

(5) Chabot, *Rapport*, n. 14; Locré, t. V, pag. 107.

(6) *Traité des succession*, I, n. 174.

(7) Vol. V, 51.

Digitized by Google

Capo VI.

Sistema probatorio della presunzione relativa al « nasciturus ».

39. Teorie — 40. Prova degli elementi della presunzione. - Lavori preparatorii della legislazione francese. — 41. Codice francese. — 42. Dritto comparato. — 43. Esame scientifico degli elementi della presunzione.

39. Dunque, nella dottrima e nelle legislazioni v'è questo principio predominante: che la considerazione dell'esistenza del *nasciturus* concepito, come subbietto di diritto anteriore alla nascita, costituisca una *fictio iuris*, una *praesumpio*, fingendosi il concepito come nato, facendosi retrotrarre l'esistenza umana, pei fini della capacità giuridica, a un tempo precedente al suo momento iniziale, al suo vero apparire *in rerum natura;* e che questa *praesumptio* sia limitata all'esclusivo interesse del nascituro, e non sia operativa in tutt' i casi alla stessa guisa che la reale esistenza. A canto a questa dottrina, quasi universalmente ammessa, non è mancata una teoria diversa, che equipara il *conceptus* al natus, ritenendo che i codici abbiano fittiziamente annoverato il primo nel numero delle persone esistenti: tal'è l'opinione del Ducaurroy, Bonnier e Roustaing (1), e tale sembra sia stato il concetto del legislatore portoghese (1776). Ma questa opinione è stata vittoriosamente confutata col testo medesimo delle leggi. Così, tanto sotto l'impero del codice francese, che sotto l'impero del codice italiano, nell'istituto della tutela l'esistenza di cinque figli dispensa dall'onere tutelare, ma fra questi non si calcolano i concepiti (2); laddove nella revoca delle donazioni per sopravvenienza di figli, trattandosi di un istituto inteso a favorire l'interesse della prole, la revocazione è ammessa, quantunque il figlio sia soltanto concepito al momento della dona-

(1) Tomo. II, 416.

(2) art. 436, cod. Napoleon.; art. 273. n. 4. cod. civ. it.; art. 296, cod. Alber.; art. 173, cod. civ. ticinese; § 195, cod. austr.; § 1786 n. 3. cod. civ. germanico.

Digitized by Google

zione (1), e per la revoca delle disposizioni testamentarie è adottato lo stesso principio nel codice civile italiano (art. 888), nel codice albertino (art. 832), nel codice austriaco (§§ 776, 777, 778, 779, 1254 e 1487), nel codice civile germanico (§ 2079), nel codice prussiano (II, 2, § 450-455; II, I, § 444; I, 12, § 601, 647), nel codice ticinese (art. 468). Nel codice Napoleone la revocazione stabilita per sopravvenienza di figli in tema di donazione fra vivi non si estende alle disposizioni testamentarie: il concepito, nascendo vivo e vitale, ha dritto alla riduzione.

L' identico concetto di una *praesumptio* limitata all' interesse del nascituro propugna il Duranton (2), affermando che il dritto positivo reputa nato il figlio semplicemente concepito, ogni qualvolta si tratti del suo interesse. E in questo senso si è pronunciata tutta la dottrina italiana.

40. La presunzione però essendo sempre basata sopra un fatto naturale, l' esistenza del concepimento dev' essere necessariamente provata da chi l' assume; e non è a disconoscersi che trattasi di una prova difficile, specialmente quando sia diretta a dimostrare il momento iniziale della presunzione. Dall' esclusione o dall' inclusione di un giorno o di una settimana o di un mese può dipendere, molte volte, l' esclusione o l' ammissione del postumo all' eredità. Quindi non è a meravigliare se si siano dibattute gravi e delicate questioni intorno alla prova del tempo dal quale si debba dare efficacia alla presunzione.

E appunto in vista delle difficoltà della prova, talvolta insuperabili, malgrado il progresso scientifico delle scienze fisiologiche, è sorta nella dottrina una gravissima questione, sulla risoluzione della quale non sono di accordo gli scrittori, e che ha una capitale importanza in materia di successione. Le legislazioni di dritto civile, quasi tutte sull' esempio del dritto romano, hanno costruito una presunzione intesa a stabilire la legittimità della prole: si è presunto legittimo, cioè concepito durante il matrimonio, il figlio nato non prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio nè dopo trecento dallo scioglimento o annullamento di esso.

---

(1) art. 960 e 961 cod. civ. franc.; art. 1083 e 1085 cod. civ. it., art. 615 cod. civ. ticinese; § 954, in relazione e in coerenza al § 22 cod. civ. austr., art. 1169 e 1170 cod. civ. Albert.

(2) Lib. III, succes., n. 70.

Digitized by Google

Questa presunzione è stata accolta dal codice civile italiano (art. 160), dal codice Napoleone (art. 312), dal codice albertino (art. 151), dal codice ticinese (art. 116), dal codice austriaco (§ 138), nel quale però il termine è calcolato non a giorni e si determina nel settimo mese dopo conchiuso il matrimonio, ovvero nel decimo dopo la morte del marito o dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale; nel codice sassone (art. 1771, 1772); nel codice prussiano (II, 2, § 1, 2, 19, 21, 40), in cui il termine spazia dal 210° giorno al 302°; nel codice civile germanico (§§ 1591 e 1592), nel quale il termine va dal 181° giorno compreso al 302° del pari compreso. Questa presunzione è indiscutibilmente creata e operativa pei fini della legittimità: investe il postumo del dritto di figlio legittimo. Essa è basata, innegabilmente, sulla possibilità o sulla probabilità che il concepimento sia avvenuto durante il matrimonio, e che sia applicabile il principio *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant,* secondo un'antica e comune opinione dei fisiologi, per la quale il più breve periodo della gestazione sia intorno al 180° giorno, e il più lungo di 300.

Questa presunzione è complessa e va scissa in due: *a*) presunzione che il periodo della gestazione non possa avere una durata minore di 180 giorni, nè maggiore di 300, vale a dire la presunzione determinatrice del tempo minimo e massimo, cui possa rimontare il concepimento; *b*) presunzione che attribuisce al marito la paternità del fanciullo nato nel periodo minimo o massimo stabilito dalla legge, cioè non prima di 180 giorni dalla celebrazione, nè dopo 300 dallo scioglimento o annulamento del matrimonio.

La prima, più che una vera *fictio iuris*, una vera e propria presunzione, costituì, nel concetto dei legislatori, la determinazione di un fatto fisiologico, la constatazione della fisiologica impossibilità che l'inizio della persona umana, del concepimento, avvenga al di fuori di uno di quei due periodi, che rimonti a un tempo più breve di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, o a un tempo più lungo di 300 dallo scioglimento o dall'annullamento di esso. Questa presunzione la dottrina, credendola basata su dati scientifici, considera come una presunzione assoluta, *iuris et de iure*. E tale fu considerata dai compilatori del codice francese. Infatti, sotto questo punto di vista fu esaminata dal Consiglio di Stato, al quale il Fourcroy presentò una memoria e propriamente « *un précis sur l'époque de la naissance humaine,* contenente in sintesi tutti i risultati delle scienze fisiologiche e degli studi giuridici su questa questione.

Digitized by Google

Il Fourcroy veniva a questa conclusione: que la fixation de cent quatre-vingt-six jours pour les naissances accélérées et deux cent quatre-vingt-six jours pour les naissances tardives, se trouve parfaitement d'accord avec la portion la plus sage des phisiciens, des naturalistes ed des jurisconsultes (1) ». Ma i redattori del codice furono più larghi nell'apprezzare le osservazioni della scienza fisiologica, adottando due periodi ancora più favorevoli alla presunzione di legittimità: questi due periodi corrispondevano esattamente, sotto il regime repubblicano, quando avvenne la redazione del Codice Napoleone, a sei e a dieci mesi, perchè, com'è risaputo, i mesi del calendario repubblicano avevano tutti un'eguale durata di 30 giorni. Talchè la dottrina francese ritiene, a ragione, assoluta la presunzione, e con essa l'italiana e quella delle nazioni ove il principio francese, ch'è pur quello del dritto romano e del dritto comune, e che risale fino ad Ippocrate, venne accolto (2). E quello che fu ritenuto dal Consiglio di Stato, sulle conclusioni scientifiche presentate dal Fourcroy, venne ribadito massimamente dagli oratori del Governo e del Tribunato. Il pensiero degli autori del codice fu illustrato luminosamente dal Bigot-Préameneu: ce n'était pas une vérité absolue que les rédacteurs de la loi avaient à decouvrir; il leur suffisait de donner aux juges une règle qui fixât leur incertitude (3). E il Lahary, nel suo rapporto al Tribunato, aggiunge che la legge ha voluto che i due termini fossero di rigore, per chiudere in modo assoluto ogni adito all'arbitrio. Invero, ove si dia uno sguardo al dritto anteriore, si vedrà che regnava una lamentevole confusione su questo punto: tutto era rimesso all'arbitrio dei tribuli. E lo stesso Bigot-Préameneu osservava: « la jurisprudence n'avait aucune uniformité par le motif même ch'elle ne pouvait qu'être arbitraire ». Il tribuno Duveyrier, nel suo memorabile discorso pronunziato al corpo legislativo affermava: « On s'accord généralement à penser que, malgré les variations incontestables de la nature, il est un terme au delà duquel on ne trouve plus que l'impossible ou le monstre. Il était sans doute préférable de saisir et de marquer invariablement ce terme, au risque d'errer sur quelques

(1) Locré, *Legisl. civ.*, t. VI, 50, 66.

(2) Demolombe, *Cours de Code Nap.*, vol. cit., n. 14; — Laurent, III, n. 361; — Duranton, Marcadé, loc. cit.

(3) Exposé, *Des motifs*, n. 7.

Digitized by Google

cas improbables, plutòt que de laisser toutes les questions relatives a l'état des hommes sous la dépendence d'un calcul arbitraire » (1). E sul proposito conchiudeva il Laurent: « c'est dire qu'entre deux maux possibles le legislateur a chasi le moindre » (2).

41. La presunzione, costruita sopra un fatto fisiologico, è stata dai redattori del codice napoleonico elevata alla dignità e alla funzione di una verità legale assoluta, *iuris et de iure*, inoppugnabile con qualunque mezzo scientifico di prova: essi non escludono che sia possibile qualche volta, in qualche raro caso, che il termine minimo o massimo non sia fisiologicamente l'uno il più breve e l'altro il più lungo termine; ma pensarono che un lontano e rarissimo pericolo di errore, in qualche caso, del resto improbabile o presso a che impossibile, non avrebbe giustificato il mantenimento di uno stato d'incertezza e di arbitrio, variabile da caso a caso, esistente nella pratica del dritto comune. Il fine legislativo fu quello di far scomparire ogni arbitrio e incertezza su questo punto, fissandosi due periodi inalterabili, contro cui non fosse ammessa una qualche prova contraria, quantunque di ordine scientifico.

42. Con questo carattere la presunzione passò nella legislazione albertina (151), nella spagnuola (108, nella portoghese (101), in quella delle Due Sicilie (234), nell'estense (113), nella parmense (77), nell'italiana (160), nell'austriaca (§ 138), nella legge polacca del 23 giugno 1825 (272) e nella belga, nell'olandese (305), nel codice della Luisiana, nel ticinese (116), nell'argentino (76 e 77), nello Svod russo (116-125): in tutti questi codici i due termini della presunzione sono identici, 180 e 300 giorni, tranne nell'austriaco, che adotta il termine di sei e dieci mesi. La medesima presunzione coi medesimi termini si trova nei codici di Zurigo (647), di Berna (143), Soletta (243), Argovia (158), dei Grigioni (57), e in tutte quelle altre legislazioni che seguirono e accolsero il principio legislativo francese.

Il codice prussiano, pur ammettendo la presunzione, ne spostava i termini: il termine minimo è di 210 giorni dopo la celebrazione del matrimonio, e il massimo è di 302 dopo lo scioglimento, e il disconoscimento è ammissibile quando il marito possa provare che la coabitazione non abbia avuto luogo dal 302° al 210°

---

(1) Drveyrier, *Discors.*, n. 11; — Locré, t. II, pag. 86.
(2) Laurent, III, 361.

Digitized by Google

giorno avanti la nascita del fanciullo, per causa d'impotenza o d'assenza. Del pari il codice sassone stabilì un termine diverso, di 182 e di 302 giorni (art. 1771 e 1772). Il nuovo codice tedesco ha seguito, quanto al termine, il codice sassone. Il codice baltico ammette la stessa presunzione, estendendo del pari il termine minimo a 182 giorni e il massimo a 10 mesi (132-137).

43. La fissazione dei due termini, che la legislazione francese e le altre tutte hanno stabiliti, può essere esaminata sotto l'aspetto fisiologico e sotto l'aspetto giuridico. Fisiologicamente, non è nostro compito esaminarla, ed è riservato alle scienze relative. Certa cosa è che la scienza può stabilire un termine minimo e massimo della vita interiore dell'essere umano, ma è del pari certo ch'essa non ha detta l'ultima parola sull'esattezza della dottrina fisiologica ippocritiana in questo punto: non è quindi impossibile, quantunque sia improbabile, che i termini fissati da Ippocrate ed elevati a verità legale assoluta dal legislatore francese, in certi casi, non rispondano alla verità fisiologica. Ma legalmente essi devono ritenersi inalterabili.

Nel codice germanico però è prevista la possibilità che il tempo del concepimento rimonti anche al di là dei 302 giorni avanti la nascita: può darsi, secondo il concetto di quel legislatore, che la verità naturale sia di tale evidenza e certezza, che si dimostri difforme dalla verità legale. In questo caso, egli, pei fini e in favore della legittimità, considera questo periodo quello del concepimento. Dunque la presunzione del più lungo termine, nel codice germanico, non è assoluta, come nella legislazione francese e nell'italiana: ammette legalmente la possibilità che la data dell'inizio dell'essere umano rimonti a un periodo più lungo di 302 giorni. in questa ipotesi ha voluto che la verità legale cedesse di fronte alla verità fisiologica.

Digitized by Google

Capo VII.

La presunzione pei fini della parternità e della legittimità

41. Sostrato della prescrizione di paternità. — 45. Comparazione fra il sistema germanico e gli altri sistemi. — 46. Azione del padre contro la presunzione. — 47. Prove del concepimento e dello stato legittimo oltre il termine massimo. — 48. Confronto con altre legislazioni. — 46. Stato del dritto anteriore alle codificazioni. — 50. Comparazione fra il sistema francese e il tedesco — 51. Differenza fra la stessa costruzione germanica e l'austriaca.

Dal punto di vista giuridico, la presunzione dei due termini forma il sostrato dell'altra presunzione, quella della paternità. Ma per arrivare a questa, essa passa mediante l'applicazione di un'altra più generale: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant.* L'esistenza di uno dei due termini direttamente costruisce la presunzione, che il figlio nato non prima di 180 giorni dal matrimonio nè dopo 300 dallo scioglimento di esso, si ha come concepito durante il matrimonio, e si applica, in conseguenza, l'altra presunzione che ritiene il marito come padre del figlio concepito durante il matrimonio (art. 160 codice civ. it.; 312 prima parte cod. franc.; 151 pr. p. cod. albertino; § 1591 cod. germ.; II, 2 § 1 cod. pruss.; 1771, 1776, 1780 cod. sassone; 101 cod. portoghese; 305 cod. olandese; 647 cod. di Zurigo; 143 di Berna; 243 cod. del cantone di Soletta; 158 cod. di Argovia; 57 del Cantone dei Grigioni; 116 cod. ticinese; 108 cod. spagnuolo; 119 e 125 dello *Svod* russo, lib. X; 132 e 137 Cod. Baltico; 272 e seg. Legge polacca 23 giugno 1825; 240 e 246 codice argentino; 113 cod. estense; 77 cod. parmense; 138 cod. austriaco).

Digitized by Google

45. Il codice tedesco è più logico e preciso su questo argomento: presume legittimo il figlio nato dopo il matrimonio, se sia stato concepito prima o durante il matrimonio e se il marito abbia coabitato con la moglie nel periodo del concepimento. Ma non si ferma qui il legislatore: costruisce una seconda presunzione, quella che ritiene il marito aver coabitato colla moglie nel periodo del concepimento; e se questo periodo si determina prima del matrimonio, ha luogo soltanto quando il marito sia deceduto senza avere impugnata la legittimità del fanciullo: in questo caso la legge presume ancora, argomentando dalla tacita volontà del marito, che questi abbia riconosciuto per suo il figlio nato in un periodo di concepimento anteriore al matrimonio (1).

E il legislatore va oltre colle presunzioni: reputa periodo di concepimento quello dopo il 181° giorno fino al 302° prima della nascita, compresi il *dies a quo* e il *dies ad quem* (2). E la differenza fra la legislazione germanica e quelle che seguirono la napoleonica su questo punto, sta in ciò, che la prima determina, in primo luogo, il periodo del concepimento, commisurandolo dalla nascita, (§ 1592), e distingue il caso in cui questo periodo abbia luogo prima del matrimonio, dal caso in cui avvenga durante il matrimonio; e le altre assumono come punto di partenza dei due termini fisiologici il matrimonio, pel minimo, la celebrazione di questo, pel massimo, il suo scioglimento o il suo annullamento.

Nel primo caso previsto dal legislatore tedesco, cioè che l'epoca del concepimento si debba ritenere avvenuta prima del matrimonio, in quanto il 182° giorno non entri nel periodo coniugale, la presunzione di coabitazione e quindi di legittimità non opera se non quando il marito sia morto senza impugnare la legittimità del figlio, e nel secondo opera *de iure*, illimitatamente, in vita del padre, fin dal primo momento della nascita; nell'uno, la presunzione si può dire che si determina dalla morte del marito, nell'altro, dalla nascita del fanciullo. Ma giova chiarire il concetto del legislatore nella prima ipotesi. Egli intende in questa prevedere un fanciullo che, sebbene nato dopo la celebrazione del matrimonio, non sia però nato 181 giorni compiuti dalla celebrazione di questo, in guisa che il periodo minimo non sia tutto compreso nel tempo intercedente fra la celebrazione del matrimonio e la nascita. Quanto al termine

(1) § 1591 capov.
(2) § 1592.

Digitized by Google

massimo, non può riguardarsi che in relazione allo scioglimento del matrimonio; esso esce fuori dalla presunzione, quando la nascita avvenga oltre il 302° giorno dallo scioglimento del vincolo matrimoniale. Talchè se il fanciullo nasca meno di 181 giorni dopo il matrimonio, non si reputa legittimo *ope legis*, la sua legittimità si concreta alla morte del padre, nell'assenza di ogni azione di contestazione da parte di quest'ultimo. Quale sarà la sua posizione giuridica, prima della morte del padre? Il suo stato sarà impugnabile nel termine prescritto: non gli soccorre la presunzione legale, l'acquista non *de iure*, in virtù della legge, ma in virtù del tacito riconoscimento operato dal padre, che non ha agito per escluderlo dalla sua prole. Senonchè è d'avvertire che anche questo tacito riconoscimento è presunto dalla legge dalla mancanza di ogni azione del padre che contesti la sua paternità. La posizione, adunque, del figlio nato durante il matrimonio, che non abbia *de iure* la presunzione del concepimento dal giorno del matrimonio della madre, differisce da quella del figlio che abbia con sè questa presunzione, e la differenza sta in questo, che per l'uno non esiste la presunzione e il suo stato è impugnabile da parte del padre, e per l'altro esiste; che pel primo essa si determina dal momento in cui non è più contestabile il suo stato, pel secondo, fin dal momento della nascita.

Inoltre l'impugnabilità per l'uno è possibile colla deduzione della mancanza di quella presunzione, la quale alla sua volta è condizione della presunzione della legittimità, e per l'altro non è possibile, se non colla dimostrazione, a termini della prima parte del § 1591, che per le circostanze di fatto il marito non abbia potuto avere o non abbia avuto alcun contatto colla moglie, vale a dire, che il concepimento non abbia potuto aver luogo per opera di lui. Ma indubbiamente, per l'uno e per l'altro, il padre ha l'azione di disconoscimento dello stato di legittimità del figlio, prescrittibile dopo lo spazio di un anno a cominciare dalla scienza che il marito abbia della nascita del fanciullo (§§ 1593 e 1594).

Nel progetto 31 dicembre 1887, in cui i termini della presunzione erano di 181 il minimo e 300 il massimo, in luogo dell'ultima parte del capoverso del § 1591, era stata proposta, e, secondo noi con maggiore chiarezza, la seguente disposizione (1470): se il fanciullo nasca dopo il matrimonio, e l'epoca del concepimento va prima del matrimonio, è reputato figlio del marito, se durante quel periodo egli abbia avuto rapporto sessuale colla madre.

Digitized by Google

Se il marito muore senza avere impugnata la legittimità del fanciullo, si presume avere coabitato colla madre.

46. L'azione di contestazione compete al marito; passa agli eredi quando sia stata istituita, o quando egli sia morto senza aver perduto il dritto d'istituirla (§ 1593), altrimenti è intrasmissibile. Questa limitazione della trasmissibilità delle azioni è ammessa in quasi tutte le legislazioni: nel codice francese (art. 318), nel codice prussiano (II, 2 § 7-20, 40, 41), nel codice austriaco (§ 159), nel codice italiano (art. 167), nel codice albertino (art. 155), nel codice estense (art. 117).

Il legislatore tedesco dà al padre il dritto di contestare la legittimità della prole nata durante il matrimonio o nei 302 giorni dopo lo scioglimento di esso, ma nulla aggiunge pei nati oltre i 302 giorni da questo scioglimento o annullamento del vincolo coniugale. Il silenzio del legislatore non importa, evidentemente, una limitazione d'impugnabilità: questa non è necessaria, trattandosi di una prole nata fuori il matrimonio e al di là del periodo del concepimento, non potendosi attribuire al marito la presunzione di paternità: a siffatta prole mancano, a norma del § 1591, le condizioni indispensabili per la presunzione di legittimità; essa non è nè nata durante il matrimonio, nè risulta concepita nel periodo presuntivo del concepimento per opera del marito, cioè nei 302 giorni dalla dissoluzione del vincolo matrimoniale.

47. Nondimeno il legislatore non esclude in via assoluta la prova della legittimità, ammettendo che sia possibile, secondo il § 1592 capoverso, stabilire che il concepimento rimonta a oltre il 302° giorno da che fu sciolto il matrimonio, cioè al tempo in cui il vincolo coniugale durava e sussisteva la presunzione della coabitazione dei due coniugi. Onde, nel concetto del legislatore tedesco, non solo è opponibile da chiunque vi abbia interesse l'illegittimità del figlio nato oltre quel periodo, ma è presunta *de iure*, senza bisogno di un'azione d'impugnabilità, e il legislatore, nel precitato § 1591, non ha sentita la necessità di contemplare siffatta ipotesi.

La presunzione dell'illegittimità in questa stessa ipotesi è ammessa anche dal codice austriaco (§ 155), il quale però presume del pari illegittimo anche il figlio nato prima del termine minimo dalla celebrazione del matrimonio, quando però il marito, prima del matrimonio, ignaro del concepimento, impugni in giudizio la sua paternità al più tardi entro tre mesi da che ebbe notizia della nascita della prole (§ 157).

Digitized by Google

48. È diverso lo stato del dritto nel codice francese e nelle altre legislazioni che lo seguono: la legittimità del figlio nato 300 giorni dopo sciolto il matrimonio può essere impugnata (art. 315 cod. civ. Napoleone; art. 125 cod. ticinese; 169 cod. civ. it.; articolo 157 cod. alb.; art. 114 cod. estense; 78 cod. parmense; 237 cod. napoletano); talchè essa è presunta fino a una dichiarazione contraria.

Senonchè, per essere dichiarata illegittima la prole nata al di là di quel termine, la dottrina e la giurisprudenza si avvisano che basti provare ed opporre la nascita oltre il 300.° giorno dallo scioglimento del matrimonio (1). « De deux choses l'une, scrive il Demolombe: si l'enfant, ne plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, n'a pas été inscrit dans son acte de naissance sous le nom du mari, et s'il ne prétend pas en effet à la légitimité, rien de plus simple; la mère et son enfant se rendent ainsi à eux-même justice. C'est alors un enfant naturel comme un autre, l'enfant d'une veuve et point d'une fille; voilà tout; et cette hypothèse sera certainement toujours celle qui se présentera dans le cas d'une naissance évidemment et incontestablement tardive; ce qui répond déja à l'argument tiré de ce que la doctrine, qui ne veut pas de l'illégitimité de plein droit, arriverait à cette conséquence absurde que l'enfant né deux ans ou dix ans après la morte du mari, devrait être considéré comme légitime! La vérité est que jamais ces prétentions ne seront soulevées, precisement parce qu'elles seraient *absurdes*.

Mais si au contraire l'enfant a été inscrit sous le nom du mari, s'il se trouve, dans le fait du moins, en possession de la légitimité, ou si même en réclame les droits et les avantages, c'est alors qu'il faudra la lui contester, et faire déclarer par un jugement qu'elle ne lui appartient pas.

Or, cette autre hipotèse, quand est-ce qu'elle se présentera? Lorsque l'enfant sera né peu de temps, peu d'heures peut-être après expiration du terme légal, le trois cent unième, le trois cent deuxième jour; et alors il n'y a rien que de raisonnable à vouloir

---

(1) Proudhon e Valette, II, 41-46; — Valette, *Esplic. somm.*, pag. 174; — Duranton, III, 56-59; — Aubry et Rau, IV, 572; — Duvergier in *Toullier*, II, 829; — not. a.; — Demolombe, V, n. 84-86; — Zachariae, Massé et Vergé, t. 1, pag. 297; — Marcadé, in art. 315, 2; — Laurent, III, n. 387; — Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, II, n. 276; — Dalloz, v. *patern.*, 85-86.

Digitized by Google

qu'une action en justice soit formée contre l'enfant pour faire déclarer son illégitimité » (1). Ma quale sarà, si domanda l'illustre scrittore, il compito del magistrato nell'indagine di questa illegittimità? Sarà quello di ricercare a traverso le circostanze di fatto la legittimità o l'illegitimità, ovvero quello di fermarsi al computo del tempo, e, accertato il fatto della nascita oltre il tempo presunto, dichiarare senz'altro lo stato illegittimo? E, con stringente copia di argomentazioni, propugna questa seconda soluzione (2). E il Laurent aggiunge: « c'est la consequence logique des présomptions admises par la loi....: les auteurs du code civile ont voulu mettre fin a l'arbitraire qui régnait dans l'ancienne jurisprudence et aux décision scandaleuses que cet arbitraire favorisait » (3).

49. Infatti, se diamo uno sguardo allo stato del dritto precedente alla codificazione, un arbitrio sconfinato ci appare nelle dichiarazioni di legittimità: alcuni parlamenti hanno finanche ritenuto legittimi fanciulli nati dopo 12, dopo 13 e dopo 14 mesi dallo scioglimento del matrimonio (4). Ond'era necessario porre un freno assoluto a tanta elasticità di criteri; e a questo concetto s'ispirarono i compilatori del codice francese, costruendo una presunzione assoluta, che la nascita oltre quel termine massimo importasse un concepimento posteriore alla dissoluzione del matrimonio. E a questo punto è bene ricordare le parole del tribuno Duveyrier, pronunziate al Corpo Legislativo: « Pourquoi n'est pas (cet enfant) de plein droit illégitime et mis au nombre des enfants naturels? Parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire.

« La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore; et si l'état de l'enfant n'est pas attaqué, il reste a l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre » (5), A questa teoria predominante non sono mancate obbiezioni, sostenute principalmente dal Demante, il quale vorrebbe sempre una indagine di fatto per la dichiarazione della legittimità o dell'illegittimità nell'ipotesi dell'art. 315 (169 cod. it.), e fondate sopra alcune proposizioni del

(1) Dem., V, n. 84.
(2) Op. cit., n. 86.
(3) Loc. cit.
(4) Merlin, *Rep. Leg.*, § 2, sect. II.
(5) Locrè, *Legisl. civ.*, t. VI, pag. 298.

Digitized by Google

Bigot-Préameneu e del Lahary (1). Ma queste obbiezioni sono state trionfalmente confutate dalla dottrina dominante; e la più conveniente confutazione l'ha fatta, secondo noi, il Demolombe (2).

Il Tribunato aveva proposto di adottare il concetto adottato dalle legislazioni tedesche: « la loi ne reconnait pas la légitimité de l'enfant né trois cent et un jours après la dissolution du mariage » (3); ma prevalse l'opinione del Duveyer, che si dovesse lasciar libero l'interesse privato.

50. Dei due sistemi seguiti dai legislatori è preferibile quello austriaco e germanico, e fra questi due, l'ultimo, perchè toglie di mezzo tutte le sottili e innumerevoli controversie, che rendono incerta l'interpretazione e l'applicazione della legge. Inoltre il sistema sancito dal legislatore francese e italiano è viziato da un'intrinseca contraddizione: gli autori del codice napoleonico, accogliendo l'idea del Duveyer, fecero prevalere le peculiari ragioni, variabili da caso a caso, dell'interesse privato, che sono sempre di convenienza e di opportunità, sulla logica giuridica, e giunsero a foggiare, in una materia tutta fatta di presunzioni, un'altra *fictio iuris* contra la stessa presunzione assoluta di un concepimento fuori il matrimonio. Invero, ammessa questa presunzione di carattere assoluto, la logica giuridica conduceva alla conseguenza della illegittimità. Per contrario questi legislatori, mentre sanciscono l'assoluta presunzione, come una ineluttabile verità fisiologica, che il periodo del concepimento non possa protrarsi oltre il 300° giorno dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio, e che il nato dopo quel giorno, necessariamente, non sia da reputarsi concepito durante il matrimonio, finiscono col ritenerlo legittimo, quando non sia impugnato,

(1) Vedi Demante, *Cour analytique*, t. II, 63-66; — Bigot-Préameneu. *Exposé des motifs*, n. 13, ove dice: Néanmoins, la présomption, qui en résulte, ne sera décisive contre lui qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par les circonstances ». — Lahary, *Rapport.*, n. 14, in cui afferma: « Le mot *pourra*, qui est purement facultatif, décèle le motif de cette prévoyant disposition: l'article veut que la légitimité puisse être contestée, ma il veut aussi qu'elle puisse triompher de toutes les attaques qui ne seraient pas fondées ».

(2) Vol. V, n. 85-86; — Vedi anche Merlin, *Rép.*, t. VII, *Leg. sect.*, II, § 3; — Favard, *Rép. v. pater.*, n. 6; — Allemand, t. II, n. 704 et 705; — Demante, t. II, n. 42 bis, 1, et II; — Troplong, *Des don. et test.*, t. II, 606, per quel che riguarda l'antica giurisprudenza.

(3) *Observations de la section de législation du Tribunat*, n. 8.

Digitized by Google

fingendolo nato da quel matrimonio disciolto, in aperta contraddizione con loro stessi. L'assoluta presunzione dell'impossibilità che il nato oltre quel termine sia concepito durante il matrimonio, la quale mena alla diretta, necessaria, immediata, conseguenza giuridica della naturalità, dell'esclusione dello stato legittimo, si trova in perfetta antitesi coll'altra *fictio iuris* o colla disposizione, che considera quel fanciullo legittimo fino a che l'illegittimità, scaturente dalla norma precisa della legge, non sia, a talento delle parti, dichiarata; sì che la prima presunzione, contro la quale non è ammissibile qualsiasi tentativo di prova contraria dal punto di vista fisiologico, non solo viene ad essere in balìa degl'interessati, ma anche ad essere invanita dalla seconda, la quale, tutto al più, non sarebbe che una presunzione semplice, o, veramente, riferita agl'interessati, una mera *praesumptio hominis*, ovvero un apprezzamento di convenienza o di opportunità, o una tolleranza o una negligenza o l'effetto di ogni assenza d'interesse a qualsiasi impugnativa. Ma v'ha di più: la coesistenza di queste due presunzioni antitetiche, l'una assoluta e l'altra semplice, delle quali questa operi in modo che, in mancanza d'impugnativa, paralizzi e renda inerte quella e le prevalga, costituisce una situazione logica e giuridica assurda: per necessità assoluta di logica giuridica, l'esistenza della seconda presunzione operativa, e in antitesi alla prima *iuris et de iure*, non sarebbe possibile; e, ammettendola, i legislatori crearono un assurdo logico e giuridico. Bastava riferirsi ai principii fondamentali delle *praesumptiones iuris et de iure:* esse costituiscono verità legali assolute, inoppugnabili, contro le quali non devono essere consentite prove contrarie, molto meno altre *praesumptiones iuris tantum:* se contro l'assolutezza di quelle dovesse essere operativa l'oppugnabile efficacia di queste, la costruzione giuridica della *praesumptio iuris et de iure* sarebbe snaturata. La costruzione giuridica della legislazione francese e italiana, adunque, è viziata da un'intima contraddizione, che la rende logicamente assurda: sono preferibili le costruzioni austriaca e tedesca.

51. Ma fra queste due costruzioni v'è una differenza: l'austriaca stabilisce la presunzione d'illegittimità, opponibile dal padre e da chiunque vi abbia interesse; e la germanica scorge l'assenza di una condizione essenziale per la presunzione di legittimità, onde si chiariva inutile la creazione di una presunzione contraria.

Fra le legislazioni moderne, la portoghese stabilisce la presunzione d'illegittimità pei nati oltre i 300 giorni dallo scioglimento

Digitized by Google

del matrimonio o dalla separazione (104); e la stabiliscono del pari l'olandese (316), la spagnuola (115), quella del Cantone di Zurigo (649). Nel Codice Baltico invece la legittimità del nato oltre i 306 giorni può essere contestata (art. 131).

Capo VIII.

Controversie esistenti nelle legislazioni a tipo francese, evitate nel codice germanico.

52. Controversie esistenti. — 53. Teorie dei giuristi su queste. — 54. Confutazione di esse, e costruzione di una teoria vera. — 55. Contraddizioni delle teorie esistenti — 56. Sintesi della teoria tedesca. — 57. Calcolo del tempo per la presunzione.

52. Il metodo seguito dal legislatore germanico evita anche un' altra sottile disputa, che si agita sotto l'impero delle legislazioni a tipo francese in questa materia. Si è lungamente discusso e si discute se il figlio che si presume concepito anteriormente al matrimonio si debba considerare legittimato pel susseguente matrimonio in modo tacito, ovvero legittimo. In Francia prevaleva il concetto della legittimazione tacita; ma v'ha gran dissenso circa il carattere e gli effetti di essa. Alcuni applicano le regole della legittimazione, e ritengono non potersi dichiarare legittimo il fanciullo che al momento del concepimento non avrebbe potuto essere legittimato, per affinità, per parentela, per adulterinità (1). Altri distinguono fra la causa di incestuosità e quella di adulterinità all'epoca del concepimento, ritenendo l'una non di ostacolo alla legittimità, rimossa al tempo del matrimonio, e l'altra d'impedimento, sebbene rimossa (2). Altri poi si avvisano che non si tratti nè di una vera legittimazione, nè di una vera legittimità, ma di una situazione giuridica tutta speciale, per la quale la *fictio iuris* che suppone esi-

(1) Demante, *Program.*, t. I, n. 310-3; *Cours Analit.*, t. 2, n. 37 bis, II; — Mercadè, art. 314, n. 1; — Massé et Vergé, sur *Zachariae*, t. I, pag. 294, 295; — Boullanger, *Sur l'arrêt de la Cour de Grenoble* 2er fevr. 1868 — *Observations*; — Costant-Fenet, *Question de legitimité d'enfant, Journ. de palais* 20 avril 1869; — Paul Collet nella *Révue crit. de législat.*, 1870, t. XXVI; nonchè un arresto della Cassazione 28 giugno 1869.

(2) Duranton, III, n. 24-26.

Digitized by Google

stente il matrimonio fin dall'epoca del concepimento sarebbe possibile pel figlio incestuoso e non per l'adulterino (1): onde vengono alla stessa distinzione della precedente teoria, quantunque per altri motivi. Altri, infine, negano ogni concettto di legittimazione, e ammettono la legittimità, escludendo ogni distinzione tratta dagli ostacoli giuridici e morali esistenti all'epoca del concepimento e ogni loro efficacia (2): per costoro, qualunque impedimento al matrimonio fosse esistito al tempo del concepimento, il figlio nasce sempre legittimo, salva l'azione di contestazione di stato. Quest'ultima opinione fu sostenuta con vigoria dal Demolombe, e fu seguita dal Valette, dal Laurent e da altri, e sembra che ormai prevalga nella dottrina e nella giurisprudenza francese e italiana. Essa inoltre sembra la più esatta, perchè conforme al testo e allo spirito della legge e a tutte le discussioni preparatorie. Invero « le caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui nait pendant le mariage, diceva il Portalis, soit que cet enfant ait été conçu avant ou après: la loi doit donc d'abord lui imprimer ce caractère ». E il Regnaud conchiudeva nella discussione al Consiglio di Stato: « c'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre » (3), respingendosi la proposta del Regnier e dell'Emmery, che tendeva a distinguere tra il nato e il concepito durante il matrimonio. Il codice, accogliendo questi concetti, sancì il principio della presunzione di legittimità non solo per chi nasce ed è concepito durante il matrimonio, ma per chi nasce durante il matrimonio ed è concepito anteriormente ad esso.

L'essenza di questa seconda forma di presunzione sta in ciò, che si supponga come avvenuto il concepimento durante il matrimonio: dal che discendono due corollarii: *a*) che non si debba tener conto delle cause d'impedimento alla legittimità anteriori alla statuizione del vincolo matrimoniale; *b*) che i benefici e i dritti

(1) Aubry et Rau et Zachariae, t. IV, pag. 563, 564; — Zachariae, § 546, n. 10.

(2) Demelombe, V, n. 60, 61, 62, 63; — Valette, *Explicat. som. du liv. I du Cod. Napol*, pag. 156 et 159, il quale aveva prima sostenuta l'opinione contraria del Marcadé, del Demante, del Duranton; — Laurent, III' n. 385; — Vedi anche Dalloz, *Paternité*, n. 80-83; — Arntz, *Cours de droit civil* t. 1, pag. 271-273.

(3) *Séance du conseil d'etat*, 14 brum., an. X, n. 17; — Locré, t. III, pag. 25.

Digitized by Google

inerenti allo stato legittimo non possano rimontare al di là della data del matrimonio. Ed è notevole che questa seconda conseguenza è ammessa unanimamente da tutte le suddette dottrine (1). Ma, ammessa pure la legittimità, v'ha chi sostiene che l'ostacolo dell'adulterinità all'epoca del concepimento escluda l'acquisto posteriore dello stato legittimo (2), e di questo avviso è il Pacifici-Mazzoni (3). A nostro avviso sono da respingersi tutte le teorie che tendono a introdurre nel testo della legge limitazioni arbitrarie alla presunzione di legittimità: dalla costruzione giuridica della *fictio iuris*, che il concepimento anteriore al matrimonio si debba considerare come avvenuto al momento di questo, sono ineluttabili le due conseguenze testè enunciate. Non è possibile aver riguardo allo stato anteriore al matrimonio, nè estendere la efficacia della presunzione prima di questo. Tutto il concetto della presunzione di legittimità si fonda su quella *fictio iuris*, sebbene questa, massime in certi casi, possa essere troppo apertamente contraria alla realtà; e la presunzione di legittimità è, necessariamente, contenuta nei limiti di questa finzione giuridica: in tanto l'una sussiste, in quanto sussista l'altra, e la sfera di efficacia e l'estensione della prima corrisponda a quella della seconda. Ora, se in questa non si comprendono gli ostacoli, perchè anteriori al vincolo coniugale, è assurdo ritenerli operativi contro di quella, estendendola in danno del figlio ad un periodo in cui dovrebbe rimanere esclusa. Per la costruzione intrinseca della presunzione di legittimità, questa non può avere giuridica esistenza che sulla *fictio iuris* di un concepimento dal momento del matrimonio: al di là di questo momento, oltre cioè questa *fictio iuris*, non si ha, nel concetto della legislazione italiana e francese, alcuna legittimità; e se la sfera dell'una è eguale a quella dell'altra, si ravvisa inammissibile ogni opposizione di osta-

---

(1) Vedi Merlin, *Rép.*, t, XIII, *Succes. sect.*, 1, § 2, art. 5, n. 1; — Zachariae, § 546; — Aubry et Rau, t. IV, pag. 566; — Massé et Vergé, t. IX, pag. 295; — Vallette sur *Proudon*, t. II, pag. 22, 23; — Marcadé, art. 31, 4, n. 1; — Demolombe, V, n. 64; Laurent, III, n. 385; — Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, II, n. 260; — Cass. di Francia 11 Marzo 1811, Sirey 1811, 1, 129; 21 dic. 1812, Sirey, 1813, II, 88.

(2) Vedi Collet, *Revue critique de legisl.*, Janvier, 1870; — *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli, XXII, 750; — Zachariae, loc. cit.; — Merlin, *Rép.* v. *lég.*, sect. II, n. 7; — Duranton, III, 24 e 25.

(3) Loc. cit.

Digitized by Google

coli legali al di fuori del periodo in cui entrambe si determinano. E v'ha di più: le teorie contrarie si trovano in antitesi al principio legislativo che la presunzione « conceptus pro nato habetur » opera nei limiti dell'interesse e del vantaggio del nascituro; e, mentre i codici limitano l'esercizio dell'azione di contestazione della legittimità, esse la concederebbero illimitatamente ad ogni persona interessata, per far provare l'esistenza di un impedimento legale che, all'epoca del concepimento, escludeva la possibilità del vincolo coniugale (1). Nè sembra decisiva l'obbiezione dello Zachariae, accolta da Aubry e Rau, che la *fictio iuris* in tanto possa esistere, in quanto sia legalmente possibile.

Essa è stata stabilita in favore della legittimità indipendentemente da ogni considerazione di possibilità, perchè talvolta può essere anche apertamente contraria al vero o al verosimile, ma non cessa di essere una finzione legale, per l'esistenza della quale l'elemento della possibilità è indifferente, anzi ordinariamente escluso; ed essa sarebbe contraria al contenuto della presunzione basata sul termine legale del concepimento legittimo. Inoltre, è da riflettere che la *fictio iuris* non poteva consistere nel considerare come avvenuto il matrimonio all'epoca indeterminabile del concepimento, cioè anteriormente alla sua celebrazione, perchè ciò sarebbe stato in evidente, troppo evidente, contrasto con una data tanto autentica, ma deve intendersi che si sia costruita nel fingere il concepimento come operato dopo il matrimonio. La finzione nel primo senso menerebbe non pure alla conseguenza di escludere la legittimità per gli ostacoli preesistenti realmente al matrimonio, ma anche a quella, in favore del concepito, di ammettergli tutti i benefici e tutti i dritti della legittimità anteriori al matrimonio stesso, laddove questa seconda conseguenza è respinta dalla medesima teoria seguita dallo Zachariae qui confutata (2).

Non mancano però altri che in Italia rigettano tanto la finzione della tacita legittimazione, quanto quella del concepimento dall'epoca del matrimonio, sostenendo che la presunzione di legittimità o la regola che il figlio anche semplicemente nato durante il matrimonio

(1) Duranton, t. III, n. 28; — Zachariae, t. II, § 546.

(2) Merlin, *Rép.*, t. XIII, *Success. sect.*, 1, § 2, art. 5, n. 1; — Zachariae, loc. cit.; — Aubry et Rau, t. IV, pag. 566; — Massé et Vergé, t. I, pag. 295; — Marcadé, art. 314, n. 1; — Valette sur *Proudhon*, t. II, n. 24-23.

Digitized by Google

è legittimo, sia determinata dalla considerazione che le maggiori probabilità facciano ritenere il marito autore del concepimento anteriore al matrimonio (1). Il che costituirebbe pur sempre una presunzione, sia anche più verosimile. Ma questa costruzione è inammissibile, perchè logicamente dovrebbe riconoscere l'esistenza e l'efficacia degli ostacoli giuridici alla legittimità o alla possibilità di essa, anteriori al matrimonio, estendere all'epoca del concepimento tutti i dritti che sieno devoluti allo stato legittimo anteriormente al matrimonio, ritenere uno stato di legittimità in un periodo in cui autenticamente rimane escluso. Questa opinione sembra che segua quella del Bianchi, il quale, pur respingendo ogni teoria delle finzioni legali, ammette una legittimità di origine, ma esclusivamente annessa al matrimonio: dalla costruzione di essa, cioè pel carattere di una legittimità originaria e per la connessione di questa al matrimonio, che intrinsecamente la limita, derivano le seguenti conseguenze: *a*) l'efficacia della legittimità operata dalla celebrazione del matrimonio; *b*) non consente la devoluzione al concepito di dritti anteriori ad esso, che scaturirebbero dalla qualità del suo stato legittimo; *c*) la legittimità non è ammissibile quando vi sia impossibilità assoluta che la impedisca all'epoca del concepimento, come l'ostacolo dell'adulterinità; ammissibile, quando l'ostacolo non sia assoluto, come per parentela o affinità, per le quali possa aversi la dispensa.

Di fronte a queste costruzioni, v'ha quella dei codici parmense ed estense: i figli concepiti anteriormente al matrimonio sono naturali, senza distinzione se nati anche prima o dopo il matrimonio (articoli 158, 159 e 160 cod. estense; e articoli 118, 119 e 120 cod. parmense). La medesima dichiarazione di naturalità conteneva il codice della Repubblica e del Canton Ticino (articoli 80, 81 e 82 del 14 giugno 1837), questo punto fu modificato dal codice civile posteriore del 15 novembre 1882 (art. 117), in conformità all'art. 161 del cod. civile italiano, meno al n. 3, cioè in ordine alla vitalità.

53. Abbiamo adunque, nelle legislazioni francese e italiana e nelle varie teorie che si sono venute svolgendo, le seguenti costruzioni teoriche su questa questione: 1.° tacita legittimazione, operativa dal momento del matrimonio, con l'applicazione di tutti i re-

---

(1) Chironi, *Ist.*, II, § 389.

Digitized by Google

quisiti intrinsici di una vera *legitimatio:* essa è esclusa per chi all'epoca del concepimento si troverebbe in istato di adulterinità o d'incesto; e il nascituro, non adulterino o incestuoso, raccoglie solo i dritti che si devolvono dopo il matrimonio; 2.° legittimità dal matrimonio, e tacita legittimazione dal concepimento al matrimonio, non applicabili del pari agli adulterini e agli incestuosi: si devolvono al nascituro i soli dritti collegantisi alla legittimità posteriore al matrimonio; 3.° non si tratterebbe di una vera e propria legittimità, nè di una vera legittimazione, ma di una *fictio iuris* che reputa celebrato il matrimonio prima del concepimento, e la legittimità non avrebbe luogo, quando il matrimonio era assolutamente impossibile all'epoca del concepimento, come per l'esistenza di altro vincolo coniugale; avrebbe luogo, se il matrimonio era possibile, come per dispensa in caso di parentela o affinità: la finzione però non può precedere la causa da cui è prodotta, e il concepito non raccoglie i dritti devolventisi nell'intervallo fra il concepimento e il matrimonio; 4.° trattasi di una vera legittimità, fondata sulla finzione che il concepimento sia avvenuto dopo il matrimonio, onde si dovrebbe opporre pei dritti anteriori a questo l'incapacità pei non concepiti; 5.° legittimità di origine ma, annessa al matrimonio, operativa dalla data di questo, non applicabile nei casi in cui il matrimonio era impossibile in modo assoluto; 6.° dichiarazione di naturalità (codici estense, parmense, ticinese).

Tutte le teorie poi, esclusa naturalmente quella seguita da questi ultimi codici, i quali applicano le regole della filiazione naturale, convengono, indistintamente, su questo: che il nascituro non raccolga i dritti provenienti dallo stato legittimo devolventisi anteriormente al matrimonio.

54. Queste costruzioni, secondo noi, sono tutte inesatte. Sono arbitrarie le prime due, che mettono capo al concetto della *legitimatio* tacita. Non esiste nelle legislazioni l'istituto di una tacita legittimazione: la legittimazione è contemplata separatamente ed ha proprie regole e forme. L'interprete non deve sostituirsi al legislatore. Inoltre i legislatori intendono trattare e trattano espressamente di legittimità e non di legittimazione.

Le due consecutive teorie, la terza e la quarta, si fondano su due *fictiones iuris*, delle quali l'una è opposta all'altra: mentre l'una, la terza, reputa avvenuto il matrimonio prima del concepimento, l'altra finge questo operato dopo di quello. Queste due costruzioni hanno il vizio evidente dell'aperta contraddizione alla

Digitized by Google

realtà e al verosimile; e mancano dei più elementari caratteri delle presunzioni. L'una urta contro un fatto autentico, solenne, di data indiscutibilmente certa, che non opera se non dal momento in cui è avvenuto, l'altra, contro la norma assoluta, sancita dal legislatore, che il periodo minimo della gestazione, pei fini della legittimità, non possa durare meno di 180 giorni dal dì della celebrazione del matrimonio: entrambe risultano in contraddizione stridente coi principii e colle norme tassative codificate: la prima contraddice alla certissima solennità del matrimonio, e la seconda al principio assoluto del legislatore in tema di concepimento e di legittimità, in quanto l'una finge, contro l'evidenza e l'assoluta realtà contraria del fatto solenne e autentico, avvenuto questo prima che sia realmente avvenuto, pel solo fine di favorire il concepito illegittimo, e l'altra finge che la gestazione siasi operata in un periodo di tempo minore di quello fisiologicamente assoluto, o almeno presunto tale dalla stessa legge, e minore di quello stabilito per la legittimità *ope legis*. Queste intrinseche, inconciliabili, evidenti e assolute contraddizioni logiche e giuridiche viziano irreparabilmente quelle costruzioni teoriche, pur da potenti intelletti sostenute. La quinta costruzione dottrinale, ch'è del Bianchi, accolta generalmente oggidì per la grande autorità dello scrittore in questa materia, oltre a presentare nei suoi risultati gl'identici vizi della teoria dello Zachariae, del quale accetta integralmente le conseguenze, sebbene sotto altro aspetto, ha in sè, nella sua stessa formulazione, un'altra contraddizione *in terminis*, logica e giuridica. Invero il sommo scrittore italiano ritiene quella legittimità una legittimità *di origine*, e nello stesso tempo, annettendola al matrimonio, la limita a un'epoca posteriore all'inizio originario del subbietto umano, sopprimendo, contro gl'interessi del nascituro, ogni beneficio della legittimità nell'intervallo fra il concepimento e il matrimonio, e in ciò ricade nel vizio fondamentale delle dottrine della legittimazione tacita e delle *fictiones iuris*. Infine tutte queste dottrine, oltre che sono assolutamente contrarie al testo preciso dei codici, ciascuna sotto il suo punto di vista, spezzano il concetto della legittimità, e, sostanzialmente, nei suoi effetti, lo ammettono fino al matrimonio, e lo negano, negandogli i diritti ed i benefici nel periodo d'intervallo fra il matrimonio e il concepimento, e in ciò sono tutte unanimi. E tutte contraddicano al principio fondamentale delle legislazioni, che il concepito si debba reputare nato fin dal momento del suo concepimento, *quotiens de suis commodis agitur*.

Digitized by Google

Questo principio fondamentale importa che la capacità derivante dalla nascita dell'umano subbietto si consideri esistente fin dal concepimento, nello stesso stato giuridico, vale a dire quale risulta nel dì della nascita stessa. Non è lecito all'interprete scomporre, in danno del nascituro, il complesso dei suoi dritti, il suo stato di capacità, quale l'acquista nascendo. Quindi, per necessità logica e giuridica di quel principio, lo stato di capacità sorgente dalla nascita si deve intendere esistente e, conseguentemente, deve retroagire fino al momento originario del concepimento. Questa verità non è stata approfondita dalla dottrina, in qualunque variazione questa si è manifestata. La sostanza della finzione è appunto questa, che, per tutti i dritti che gli si devolvono nell'intervallo dal concepimento alla nascita, si reputa nato, avente cioè la stessa capacità giuridica che avrà nascendo: consiste nella supposizione di preesistenza di questa capacità nel periodo dal concepimento alla nascita, e propriamente nel momento in cui ha luogo la devoluzione dei dritti: in questo momento si rende operativa ed efficace la *fictio iuris*. Onde la misura della capacità, in rapporto ai dritti devolventisi nell'intervallo dal concepimento alla nascita, è determinata non dallo stato che il concepito, se nato, avrebbe in quel momento, ma dalla capacità che acquista dalla nascita, e quale l'acquista dalla nascita. Per la misura della capacità del *nasciturus*, nel momento in cui gli si devolvono i dritti e in relazione ad essi, adunque, per l'estensione e l'intensità di essa, si ha riguardo al momento della nascita, e infatti solo in questo momento si ritengono operativi in realtà i dritti anteriormente devoluti: in tanto rimarranno acquisiti, in quanto il subbietto umano sarà nato, e, venendo meno la nascita, essi si avranno come non mai esistiti pel nascituro. Bisogna quindi fermare i seguenti principii fondameniali della presunzione: *a*) la misura della capacità del nascituro è data e determinata da quella che acquista colla nascita; *b*) essa si considera preesistente nell'intervallo che corre fra la nascita e il concepimento, e precisamente nel momento della devoluzione dei dritti; *c*) non si estende al di là del momento iniziale del concepimento; *d*) questa preesistenza è intesa e limitata in relazione e pei fini dei dritti che si devolvono al concepito. Talchè l'essenza vera della *praesumptio* consiste nella finzione di preesistenza della capacità quale sorge e si determina colla nascita nel periodo del concepimento al momento in cui si devolvono i dritti al nascituro, pei fini della devoluzione e dell'acquisto di essi.

Digitized by Google

Abbiamo, trattando della posizione giuridica del nascituro nel dritto romano, esaminato le diverse teorie che la riguardano, ed enunciata una costruzione diversa, che ci sembra la più esatta.

Per noi, essa è del pari applicabile nel diritto moderno, perchè i moderni legislatori han creduto accogliere, nella sua sostanza, il principio romano, salvo quelle necessarie differenze di ordine secondario. Ora qui, confutando le dottrine in esame, proponiamo un dilemma: o si ammette un *fictio iuris* della preesistenza della capacità anteriore alla nascita, o una pura conservazione di dritti a un essere in formazione, e condizionata al sorgere e alla capacità di un'esistenza umana vera e propria; e, nell'una o nell'altra teoria, si ha sempre considerazione alla capacità determinantesi colla nascita. Nè nel concetto dei giureconsulti romani, nè in quello dei legislatori moderni, è concepibile una duplice capacità, una che si determina colla nascita o in un dato periodo del concepimento, e un'altra, anteriormente alla nascita o a questo periodo del concepimento: è vero che nel dritto romano lo stato di legittimità, in favore di questa, si determinava dall'epoca in cui era più favorevole, dal concepimento o dalla nascita o da un momento intermedio; ma, determinatosi, unico sempre era lo stato legittimo, inscindibile, operante per tutta l'estensione della vita, che rivestiva la persona umana, dal momento iniziale della sua esistenza, e tale si considerava. A maggior ragione deve ciò ammettersi nel diritto moderno.

Lo stato di legittimità, che si acquista nascendo, è inscindibile fra i vari periodi della vita umana: acquisito colla nascita, s'intende esteso a tutto il periodo anteriore dell'esistenza in formazione, in cui possa essere operativa la devoluzione dei dritti: non è concepibile, in tema di legittimità che investe la persona umana che sorge alla vita, una legittimità *ex certo die,* innanzi a cui siavi esistito uno stato illegittimo. E diversa la legittimazione, la quale suppone una preesistente naturalità. Ma la legittimità è una e riveste il subbietto di dritto in tutti i suoi momenti fino al concepimento. Le dottrine qui confutate non solo scindono nel subbietto umano uno stato inscindibile, ma ammettono la possibilità di ostacoli che addirittura lo escludono, contro il testo espresso della legge che lo ammette senza alcuna distinzione e senz'alcun riguardo a qualsivoglia impedimento anteriore alla nascita e al matrimonio dei genitori, salva l'azione di contestazione; e, mentre il legislatore limita al padre presunto e sotto certe condizioni agli

Digitized by Google

eredi quest'azione di sconoscimento, esse sono costrette, per la logica dei loro ragionamenti, a concederla illimitatamente ad ogni interessato nei casi di ostacoli alla legittimità preesistenti al matrimonio. E tutto ciò in aperta contraddizione alle norme legislative.

In Italia, il Borsari ha tentato negare alla sua teoria, ch'è quella del Marcadè, questa logica conseguenza, sostenendo che l'omissione del disconoscimento o l'inammissibilità di esso nei casi in cui è stabilita, possano anche invanire l'adulterinità (1), e imprimere così anche all'adulterino la legittimità, contro l'opinione del Duranton (2); e sorregge il suo assunto, affermando che non v'è distinzione fra i motivi della contestazione della legittimità nell'articolo 161 cod. it.; che tratterebbesi di una rinunzia ad ogni specie di contestazione; che nell'interesse pubblico sia vietato ricercare lo scandalo nell'interno delle famiglie; e che non possano i terzi, per un interesse pecuniario, riprodurre un'azione vietata al marito. Ma questi argomenti non valgono rimuovere l'illogicità e l'infondatezza delle conclusioni antitetiche alle premesse della dottrina. E a ragione li confuta Il Bianchi (1), osservando che, se l'omissione del disconoscimento o la rinunzia possono confortare la presunzione di paternità, non sia lecito sostituirsi alla legge, creando una legittimità che la legge non riconosce: non si tratta di sconoscimento di paternità, ma d'impugnare l'esistenza stessa della legittimità, che lo stato adulterino invincibilmente esclude. E conchiude ch'è dato sempre al marito, ai suoi eredi e ad ogni interessato l'azione di contestazione della legittimità, indipendentemente da quella di sconoscimento, che ha luogo nei soli casi stabiliti. Ma noi aggiungiamo che le conclusioni del Borsari finiscono col distruggere, in sostanza, tutta la sua teoria, quando egli le nega le conseguenze e le applicazioni logiche e gli effetti giuridici, e la riduce nei confini dell'opposta dottrina del Demolombe.

55. Il sistema dei codici parmense ed estense è almeno più logico: dichiara la naturalità della prole.

È a proposito fare su tutti questi sistemi un'ultima considerazione: essi sembrano preoccupati da un concetto erroneo, da una specie di pregiudizio giuridico, che non sia possibile una vera le-

(1) Vol. 1, § 406, pag. 611.
(2) Vol. III, n. 22.
(3) Vol. III, n. 8.

Digitized by Google

gittimità se non dal matrimonio; che al concepito durante il matrimonio possano devolversi i dritti derivanti dalle legittimità in quel periodo; e che al concepito fuori il matrimonio non sia d'attribuirsi alcun diritto che si colleghi allo stato legittimo: onde il matrimonio è l'estremo limite cui possa giungere l'efficacia giuridica della legittimità operatrice di vantaggi e dritti. È un preconcetto fondamentale erroneo, bandito ormai completamente dal codice tedesco. Nelle legislazioni a tipo francese su questo argomento, il matrimonio è necessario per l'acquisto della legittimità, perchè si nasca legittimi, ma non è necessario, per tutta l'estensione di questa fino ai primordi dell'esistenza umana, che il matrimonio preceda questi, che esso, cioè, costituisca il limite estremo cui pervenga il beneficio o il complesso dei dritti inerenti alla legittimità: è necessario solamente che il vincolo coniugale preesista alla nascita; esso è condizione indispensabile, *sine qua non*, per la legittimità, ma non ancora il confine di questa.

I legislatori si sono preoccupati della preesistenza del matrimonio alla nascita, senz'alcuna limitazione degli effetti della legittimità all'epoca del matrimonio: hanno equiparato, pei fini e l'estensione della legittimità, perfettamente la posizione del figlio presunto concepito durante il matrimonio e quella del figlio nato prima dei 180 giorni dopo il matrimonio, quando la legittimità non sia più impugnabile. La differenza non istà sulla estensione, sulla sfera di efficacia, sui limiti della legittimità più o meno lati, ma esclusivamente sui mezzi e sui modi d'impugnabilità; entrambe poggiano sulla presunzione di paternità del marito: l'una può essere scossa mediante la prova prevista negli articoli 161 del codice italiano, 312 capov. del codice francese, 151 cod. Albertino, 158 codice austriaco, 113 cod. estense, 77 capoverso cod. parmense, 234 capoverso cod. delle Due Sicilie, 77 cod. ticinese del 1837 e 118 del cod. ticinese del 1882; l'altra, colla semplice dimostrazione della nascita prima del termine minimo, salve l'eccezioni speciali, come quelle dei numeri 1, 2 e 3 dell'art. 161 del codice italiano, e salvo il sistema seguito dai codici parmense, estense, austriaco e dal primo codice ticinese, che dichiarano l'illegittimità.

56. Ora riassumendo la teorica del codice germanico, essa è sintetizzata nei seguenti principii: *a*) la legittimità è data dalla nascita posteriore al matrimonio; *b*) o che il concepimento siasi operato prima o durante il matrimonio; *c*) quando il marito abbia coabitato colla moglie nel periodo del concepimento; *d*) si presume

Digitized by Google

che il marito abbia avuto concubito colla moglie nel periodo del concepimento posteriore al matrimonio; *e*) se questo periodo sia precedente, avrà luogo la stessa presunzione quando il marito sia morto senza avere impugnata la legittimità del figlio; *f*) è ammissibile fisiologicamente la prova che il concepimento rimonti al di là di 302 giorni prima della nascita; *g*) il periodo del concepimento è stabilito tanto per la prole legittima, che per la naturale (§ 1717) *h*) l'azione di contestazione di legittimità è limitata al marito o agli eredi, se quegli l'abbia istituita o sia morto senza averne perduto il dritto, ed è prescrittibile in un anno (§§ 1593 e 1594); *i*) la presunzione di legittimità è *iuris tantum*, che può essere distrutta dalla prova di una evidente impossibilità che il concepimento siasi operato dal marito, o coll'assenza di presunzione della coabitazione, quando il periodo del concepimento sia anteriore al matrimonio, opposta dal marito.

57. Un'altra questione il codice tedesco ha risoluta, che sotto le legislazioni a tipo francese è tuttora viva e assai controversa: ha stabilito che nel termine del concepimento siano da calcolarsi tanto il *dies a quo* che il *dies ad quem*. In Francia e in Italia le opinioni sono discordi. Un'opinione, professata principalmente dal Duranton e dal Marcadé, comprende il giorno della celebrazione del matrimonio nel termine minimo, ed esclude il giorno dello scioglimento del matrimonio dal termine massimo (1); talchè essa, avendo per guida l'interesse del fanciullo (2), limita il termine minimo a 179 giorni interi, calcolando anche quello della nascita. Un'altra opinione sostenuta dal Toullier (3), dal Delvincourt (4), dal Proudhon (5), comprende il *dies a quo* tanto nel termine minimo, che nel massimo. Una terza opinione, ch'è dello Zachariae (6), invece, esclude il *dies a quo* tanto dall'uno, che dall'altro termine: esige pel minimo 179 giorni pieni, non compreso il giorno della celebrazione del matrimonio, e pel massimo 299 giorni pieni, escluso quello dello scioglimento del matrimonio, concedendo al fanciullo tutto in-

(1) Duranton, t. III, n. 32, not. 2; — Marcadé, sur art. 312, n. 2; — Massé et Vergé sur *Zachariae*, t. I, pag. 594.

(2) Duranton, III, n. 44.

(3) t. II, n. 792.

(4) t. 1, pag. 83, n. 3.

(5) t. 2, pag. 57.

(6) t. II, § 546.

Digitized by Google

tiero il giorno della nascita: completa così tanto i 180 giorni che i 300 giorni. Questa opinione è anche propugnata dal Demante (1), dal Duvergier (2) *sur* Toullier, dal Ducaurroy, dal Bonnier e Roustaing (3), e fu seguita dalla Corte di Grenoble nel 21 dicembre 1830, dal Demolombe (4), da Aubry et Rau (5), dal Pacifici-Mazzoni (6). Una opinione, alquanto diversa, è sostenuta dal Bianchi (7): applica la regola *dies a quo non computatur in termine* ad entrambi i termini, minimo e massimo; comprende però in quest' ultimo il *dies ad quem*, e lo esclude nel minimo.

Un' altra opinione si connette alla questione se il calcolo del tempo debba farsi a giorni e ad ore. Fu sostenuta pel primo dal Valette (8), in parecchi arresti di giurisprudenza, ed è seguita dal Laurent, dal quale è così esattamente formulata: « Il faut compter cent quatre vingt jours de vingt-quatre heures, à partir de l' heure où le mariage à été célébré jusqu' a l' heure où l' enfant est né; il sera légitime si ce nombre d' heures est écoulé, illégitime s' il n' est pas écoulé. Nous en dirons autant du délai de trois cent jours. On comptera également a partir de l' heure où le mariage c' est dissous jousqu' à l' heure de la naissance. L' enfant né dans ce delai sera presumé conçu pendant le mariage et pourtant légitime, celui qui naîtra apres ce nombre d' heures sera conçu aprés la dissolution du mariage, da illègitime (9) ».

A noi sembra che ciascuna di queste opinioni contenga un concetto inesatto. Il legislatore ha voluto stabilire un termine minimo e un termine massimo, che ha creduto più favorevoli al nascituro pei fini della sua legittimità: essi adunque devono decorrere per intero, esclusi i punti da cui muovono e a cui si arrestano, cioè il *dies a quo* e il *dies ad quem*. Non possiamo comprendere nè il giorno della celebrazione del matrimonio, nè quello dello scioglimento, nè quello della nascita. Il *dies a quo*, anche per principio ge-

(1) *Program.*, t. I, n. 293; *Cours Analyt.*, t. II, n. 38 bis, I.
(2) t. II, n. 792 n. a.
(3) t. 1, n. 430.
(4) Vol. V, n. 19.
(5) IV, § 545, pag. 564.
(6) *Ist.*, II, pag. 259.
(7) Vol. III, n. 4-a.
(8) *Explication sommaire de prim.er liv. du cod. civ.*, pag. 164.
(9) Laurent, vol. III, n. 391.

Digitized by Google

nerale, dev'essere escluso, perchè rappresenta il limite fisso dal quale deve decorrere il termine presuntivo, e non può esservi compreso il giorno della nascita, perchè il termine dev'essere integro contenuto fra i due confini, giorno del matrimonio o dello scioglimento e giorno della nascita. Tutte le altre teorie, contro la volontà del legislatore, non fanno che diminuire arbitrariamente l'uno o l'altro termine o entrambi. Il termine minimo e il massimo, nel pensiero del legislatore, rappresentò l'estrema concessione contenuta fra due punti fissi che non volle compresi in quelli. Infatti la legge ha usata la formola « prima della nascita » e volle significare: prima del giorno della nascita. Non è poi ammissibile l'interpretazione del Valette e del Laurent, che il calcolo debba farsi ad ore: sarebbe contro il sistema generale del codice (articoli 2147, 2260, 2261 cod. franc.; 2133 e 2134 cod. civ. it.). Essa è rigettata dalla grande maggioranza degli scrittori (1).

Il codice germanico, adunque, è stato più preciso: vuole che il termine tutto decorra perchè si operi la presunzione, sia il minimo, che il massimo, muovendo dal concetto da noi espresso, ed esclude tanto il *dies a quo*, per l'applicazione del principio generale contenuto nel § 187 prima parte, quanto il *dies ad quem*, cioè quello della nascita.

Capo IX.

Conflitto di presunzione.

58. Quale esso sia. Teorie escogitate. — 59. Confutazione. Costruzione della teoria esatta. — 60 Legislazioni che hanno risoluto il conflitto.

58. Un altro punto controverso ha regolato il codice germanico: il conflitto di due presunzioni di legittimità. La questione è sorta nel caso di un secondo matrimonio della vedova e di nascita di un fanciullo che, secondo il calcolo dei termini stabiliti per

(1) Duranton, III, 44; — Marcadé, sur art. 312, II; — Duvergier sur *Toullier*, II, 792, n. a.; Demolombe, V, 18; — Ducorroy, Bonnier et Roustaing, I, 430; — Demante, *Cours Analyt.*, II, 38 bis, I; — Massé et Vergé sur *Zachariae*, I, § 161; — Aubry et Rau, IV, § 545; — Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, II. n. 259.

Digitized by Google

la presunzione, possa considerarsi figlio legittimo tanto del primo marito, che del secondo.

La questione è antica ed è fra le più controverse fin dal dritto comune. Un figlio nasce da una donna rimaritata prima che sia scorso il termine estremo dal giorno dello scioglimento del primo matrimonio e dopo decorso il termine minimo del secondo: *quid iuris?*

Nel dritto comune la scuola era divisa. Una prima teoria riteneva che, ricorrendo la presunzione di paternità sia per l'uno che per l'altro marito, il figlio avesse dritto agli alimenti dal patrimonio di entrambi e dovesse raccogliere l'eredità del primo e del secondo, come se fosse figlio di entrambi. Questa opinione era certamente la meno razionale. Una opinione opposta ritiene che il figlio non debba essere considerato figlio nè dell'uno nè dell'altro marito, a causa dell'incertezza della paternità, non per mancanza di dritto, ma di prova: lo esclude così dalla eredità di entrambi. Una terza opinione lascia alla libera scelta del figlio di appartenere al primo o al secondo marito. Una quarta opinione insegnava che si dovesse indagare dalla fisonomia e dalle rassomiglianze fra il fanciullo e l'uno o l'altro marito per decidere a chi dei due appartenesse: *ex vultu partus et lineamentis defunctum maritum superstitemve magis referentibus* (1). Una quinta teoria propugna che sia reputato padre il secondo marito: essa è saguìta dal Voet (2).

Non minore confusione regna nel dritto moderno. Si sono sul proposito costrutte le seguenti teorie: *a*) quella che reputa la prole illegittima; *b*) quella che l'attribuisce al secondo marito; *c*) quella che lascia la scelta al figlio; *d*) quella che attribuisce all'autorità giudiziaria la decisione, caso per caso, a seconda delle circostanze e nel dubbio con prevalenza dell'interesse del figlio; *e*) quella che distingue l'ipotesi di una contestazione mossa al figlio che sia in possesso dello stato di legittimità, dall'ipotesi di un reclamo di stato di legittimità del quale il figlio non sia in possesso nè rispetto all'uno nè rispetto all'altro marito: nella prima ipotesi, sarebbe applicabile la teoria della libera scelta, nel senso che il figlio nato entro 300 giorni dallo scioglimento del primo matrimonio, ma dopo 180 dalle nuove nozze, che sia in possesso dello stato legittimo

(1) Voet, *ad Pand.*, lib. I, tit. VI, n. 9.
(2) *Comm. ad Pand.*, pag. 118 e 119.

Digitized by Google

verso il primo o il secondo marito, non potrebbe essere costretto ad assumere uno stato diverso; e nella seconda, quando il figlio non abbia nè possesso nè titolo relativo alla paternità dell'uno o dell'altro marito della madre, trovandosi di fronte, puramente e semplicemente, a due presunzioni legali di egual forza, si deve lasciare all'autorità giudiziaria il compito di decidere per l'una o per l'altra, secondo le circostanze, e si dovrà aver riguardo al maggiore interesse del figlio e, a parità di condizione, propendere per la paternità del secondo marito: eguali criteri questa dottrina adotta nel caso in cui il figlio, essendo in possesso di uno dei due stati, si faccia a reclamare l'altro (1); *f*) quella che attribuisce il figlio al primo matrimonio (2), muovendo però dal presupposto erroneo che il secondo matrimonio sia nullo: il che non è (art. 228 codice francese, 57 e 128 codice civ. ital.; 145 cod. alb.; art. 77 cod est.; art. 53 ult. capoverso cod. ticinese; §§ 120 e 121 cod. austr.; 156 LL. CC. Ab.; art. 35 cod. parm.) relativamente alla prole, trattandosi di un impedimento semplicemente proibitivo.

Fra tutte queste opinioni la più generalmente seguita è la seconda, che deferisce ai tribunali il potere di decidere, caso per caso, chi sia il padre, e insegna che nel dubbio debba prevalere l' interesse del figlio (3). Ma anche l'opinione del Voët è sorretta da poderosi giuristi (4), specialmente dal Demolombe (5). Nè mancano autorevoli scrittori che propugnano la teoria della libera scelta al figlio (6), alla quale, come si è visto, si avvicina sostanzialmente il Bianchi (7).

59. Noi siamo costretti anche qui a respingere tutte queste teorie nella legislazione italiana. Crediamo che la questione non si

(1) Bianchi, III, pag. 215.

(2) Richefort, t. I, pag. 8-23.

(3) Valette sur *Proudhon*, t. II, pag. 49-51; — Duranton, t. III, n. 63; — Duvergier sur *Toullier*, t. II, n. 666; — Zachariae, Aubry et Rau, t. IV pag. 583; — Massé et Vergé, t. I, pag. 297; — Leoni, *Dig. It.*, vol. XI; — v. *Figliuz.*, 62.

(4) Bauvot, *Quest. notabl.*, t. I, 2°, v. *enfant*, pag. 69; — Lacombe, v. *enfant*, n. 8.

(5) Vol. V, n. 93.

(6) Blackstone, *Comm. des lois anglaises*, t. II, schap. VIII; — Arntz, *Cours de droit civil français*, t. I, n. 527; — Laurent, vol. III, n. 388.

(7) Loc. cit.

Digitized by Google

debba trattare e risolvere alla stregua di un puro conflitto di presunzioni, le quali, come tali, dal punto di vista legale, hanno eguale forza giuridica, e sarebbe arbitrario attribuire all'una più che all'altra una maggiore efficacia giuridica e una ragione di prevalenza: la legge non offre nessun criterio sicuro per stabilirla, e bisogna ricorrere, come fanno gli scrittori, ad apprezzamenti subbiettivi, i quali possono riuscire pertinenti e verosimili in un caso, e inopportuni o inverosimili o improbabili in un altro. La più logica, trattandosi di presunzioni legali egualmente operative ed efficaci, è la teoria della scelta, propugnata dal Laurent; ma presenta il vizio fondamentale di essere ispirata unicamente all'interesse maggiore del figlio. Per noi, la questione dev'essere messa nei seguenti termini: nel silenzio dei legislatori e di fronte a due *praesumptiones iuris* antitetiche fra loro in rapporto ai due mariti, e che a vicenda si escludono, l'interpetre non ha altro compito che di ricercare quale di esse sia conforme al vero o, almeno, più probabile e corrispondente alla realtà. E in questa ricerca bisogna muovere da questi criteri fondamentali: *a*) indagare fisiologicamente se, per le circostanze del fatto o per dati sicuri fisiologici e di fatto, si possa venire al risultato di accertare l'impossibilità fisica che una delle presunzioni sia conforme al vero; *b*) in mancanza, ritenere più probabilmente conforme al vero la presunzione che presenta il nato dopo il più normale corso della gestazione; *c*) salvo se, pei dati fisiologici, questa normalità non si sia avverata; *d*) che si debba ammettere qualunque mezzo di prova, per constatare quale presunzione corrisponda alla realtà; *e*) nell'assoluta incertezza, bisogna lasciare la libertà di scelta al figlio, senza alcuna distinzione.

In sostanza, si è in presenza di questo fenomeno giuridico: v'ha due presunzioni legali antitetiche, escludentisi a vicenda, delle quali una è certamente contraria al vero, talchè ogni lavorìo dell'interpetre si riduce alla ricerca della prova più sicura che discerni e metta in chiaro quale delle due non possa corrispondere o non corrisponda alla realtà e debba escludersi. Ciò è possibile in una contestazione giudiziaria, ma in assenza di questa deve ritenersi più vicina al vero e più conforme alla realtà quella presunzione che si presenta nel periodo più normale, secondo i principii delle scienze fisiologiche, salvo contestazione e prova contraria.

Questi nostri concetti non importano dare in balìa dell'autorità giudiziaria la decisione sulla paternità, caso per caso, ma stabiliscono i principii di dritto che devono trovare applicazione nel conflitto di

Digitized by Google

due presunzioni legalmente di eguale forza, escludentisi a vicenda. Il punto sostanziale sta in questo, che occorra indagare in quale di esse è riposta la realtà.

Le due prime escogitazioni del dritto comune, l'una che nega la paternità del primo e quella del secondo possibile autore del concepimento, e l'altra che li ammette entrambi, sono apertamente illogiche e assurde: di esse ha già fatta giustizia la magistrale confutazione di Voët. Fallace e priva di serietà, specialmente nei tempi moderni, è la teoria che affida alle rassomiglianze la risoluzione della questione. Empirica, arbitraria, antiscientifica, è quella che abbandona al criterio e all'apprezzamento subbiettivo del giudice, caso per caso, la constatazione della paternità; arbitrarie poi sono quelle che danno la preferenza alla presunzione pel primo marito o a quella pel secondo. Antigiuridica e contraria al pensiero del legislatore è quella della libera scelta, tramutando una questione di prova e di ricerca del vero fra due presunzioni antitetiche in una questione e in un conflitto d'interesse, e anteponendo il maggiore tornaconto del figlio all'indagine della verità. Sono poi insostenibili le modificazioni che un poderoso giurista italiano, così autorevole in siffatta materia, apporta alla tesi del Laurent, della quale accetta la sostanza, perchè il possesso di stato che gode il figlio riguardo all'uno o all'altro non distrugge o diminuisce la forza giuridica della presunzione contraria, e molto meno può invanire la realtà del fatto, se questo non corrisponda o si possa dimostrare in contraddizione alla presunzione sorretta dal possesso di stato.

Tutte queste teorie, in fine, che da secoli si sono contese il dominio del dritto positivo in questo argomento, poggiono sopra un errore fondamentale comune: l'assenza del criterio giuridico sostanziale, che debbasi ricercare quale delle due presunzioni non possa essere o non sia conforme al vero, e l'averle considerate in sè stesse, non in rapporto alla realtà. Esse non vanno riguardate nella loro pura e semplice dinamica come presunzioni legali, ma esclusivamente in rapporto alla loro conformità al vero: trattasi non di dare prevalenza a una presunzione piuttosto che all'altra, ma di una vera e propria questione di prova, per escludere quella fra le due presunzioni che non sia corrispondente al vero.

60. Il codice austriaco su questo punto ha una costruzione diversa: deputa al figlio un curatore speciale per far sostenere i suoi dritti, quando vi sia dubbio se appartenga al primo o al secondo

Digitized by Google

marito: in sostanza, ne fa una *quaestio facti,* da risolversi con tutt' i mezzi di prova.

Il codice limita a tre mesi il divieto per le seconde nozze, se la donna non sia incinta, e, se vi sia un semplice sospetto, a soli sei mesi (1). Ora quale il sistema del codice germanico? Reputa del primo marito il figlio nato 270 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio, cioè dopo il periodo più normale della gestazione, e del secondo, quello nato oltre questo periodo (2). Questo sistema si avvicina in qualche parte alla nostra teoria, ma non la comprende tutta, e si rileva anch' esso insufficiente allo scopo. Prima di tutto, bisogna avvertire che la presunzione stabilita dal legislatore germanico (§ 1600) ci sembra una *praesumptio iuris tantum:* può essere combattuta dalla prova della impossibilità che il primo marito sia stato l' autore del concepimento, o per assenza o per malattia o per altro assoluto impedimento. Poi ci pare che il legislatore qui abbia costruita un' altra presunzione, prevedendo il conflitto di due presunzioni antitetiche, e risolvendolo colla costruzione di una nuova *praesumptio iuris.* Ha però anch' egli smarrito il vero concetto della questione: indagare quale delle due presunzioni di paternità sia conforme al vero, ovvero quale debba assolutamente escludersi come non corrispondente alla realtà. A questo scopo può anche servire l' altra *praesumptio* costrutta dal legislatore germanico, ma in certi casi limitati, che abbiamo indicati. V' ha nascite premature o ritardate, v' ha casi d' impossibilità per cui una delle presunzioni sia da escludersi: queste ipotesi non entrono nella nuova presunzione. E vero che, considerata questa come *iuris tantum,* potrebbero farsi valere in via di prova contraria, ma resta sempre una prova presuntiva generale, che spesso può essere fallace, e non è logicamente corretto, fra tanti elementi di prova e dati fisiologici, elevarne uno alla dignità di una presunzione con prevalenza su gli altri. E v' ha di più: questa presunzione è stata costrutta da un punto di vista unilaterale, in rapporto alla dissoluzione del primo matrimonio, e può essere più o meno probabile a seconda del tempo in cui sia avvenuto il secondo matrimonio dopo sciolto il primo, e diventa quasi inverosimile quando, estesa per tutt' i 270 giorni, il concepimento si faccia coincidere col giorno della morte o poco

(1) § 120.

(2) Vedi anche codice prussiano, Landrecht, 2, § 22; codice sassone 1779.

Digitized by Google

prima, e venga in conflitto con l'altra presunzione di poco inferiore a quel periodo. Anzi si può dire che quanto più essa si estende fino alla sua estrema latitudine, e piu il secondo matrimonio è di poco posteriore al primo, cioè quanto più la seconda presunzione si allarga, tanto più questa acquista probabilità di essere conforme al vero sulla precedente. Se la questione dovesse decidersi alla stregua dei gradi di probabilità, si può stabilire che essi procedono in ragione inversa nelle due presunzioni confrontate fra loro: quanto più si estende quella che muove dalla dissoluzione del primo matrimonio, tanto più la probabilità di corrispondere al vero si attenua, fino a divenire inverosimile quando, giunta all'estremo limite, si debba far coincidere col dì della morte; e quanto più la seconda si estende, cioè vada oltre i 181 giorni dal matrimonio, più la sua probabilità di essere conforme al vero si accresce e si rafforza. La unilateralità nell'esame delle questioni è sempre una guida fallace, e l'aver considerato la probabilità della seconda presunzione da un punto di vista unilaterale ha dato luogo alla teoria, pur da tanti giuristi sostenuta, che si debba ritenere la prole come del secondo marito

La nostra teoria, invece, muove da un punto di vista sintetico: indaga quale delle due presunzioni sia da escludersi come non conforme al vero, e in caso di dubbio, nel confronto dei due periodi del concepimento, ritiene prevalente quello che presenta rispetto all'altro il periodo più normale della gestazione.

Si deve, adunque, conchiudere, che su questo punto le legislazioni più progredite, anche dopo secoli di dissidî dottrinali e dispute vivissime, non hanno risoluto il problema giuridico nel modo più razionale.

Fra le legislazioni moderne, il codice civile della Repubblica argentina ha preveduto il conflitto, e l'ha risoluto nel senso che il figlio nato prima dei 180 giorni dal secondo matrimonio, ma nei 300 dallo scioglimento del primo, si presume appartenere a costui, e che chi nasca dopo i 180 giorni dalla celebrazione del secondo matrimonio, benchè nei 300 dalla dissoluzione del primo, si presume appartenga al secondo marito (art. 241 e 242).

Digitized by Google

Capo X.

Differenza fra le legislazioni tedesche e quelle a tipo francese in ordine alla posizione giuridica del subbietto di dritto nella famiglia naturale.

61. Differenze. — 62. Presunzione. — 63. Vantaggio della prole naturale nel codice germanico di fronte alle altre legislazioni — 64. Comparazione col codice austriaco.

61. Altre due presunzioni il codice tedesco costruisce in tema di filiazione naturale e di legittimazione, ripetendo in questi due istituti la presunzione di paternità ammessa a favore della filiazione legittima per la coabitazione dei due genitori nel periodo del concepimento. A questo proposito è da ricordare che il sistema tedesco molto differisce dal sistema francese e italiano. Non esiste, secondo il legislatore germanico, alcun vincolo di parentela fra il padre e la sua famiglia da una parte e il figlio naturale dall'altra (§ 1589). Il padre e il figlio naturale rimangono estranei l'uno all'altro nella cerchia delle loro famiglie. Il codice germanico è di accordo in ciò col dritto comune, col dritto prussiano e col codice sassone (*Landrecht*, II, 2, § 612 e seg., 651 e seg., II, 3, §§ 7, 8; Cod. sass., 1801, 1858 a 1874, 2019, 2025). Nella legislazione francese e italiana, il riconoscimento del figlio naturale produce, sebbene in una misura limitata, alcuni rapporti di filiazione (art. 158, 334 a 342, 383, 756 e seg. cod. franc.; art. 182, 184, 185, 186, 187, 192, 743 e segg. cod. civ. it.; art. 158 a 165, 927 a 932 cod. est.; 180 a 187; 949 a 958 cod. alb.; art. 257 a 265, 674 a 682 LL. CC. Ab.; 118 a 130, 364 a 369, 850 a 856 cod. parm.; 126 a 137, 396 a 401 cod. tic.). Ma i legislatori tedeschi hanno creduto che questo sistema fosse contrario allo spirito del dritto germanico e favorisse il concubinato. Hanno però offerto al padre il mezzo di conferire al figlio naturale la posizione giuridica di figlio legittimo, mediante, cioè, la legittimazione per susseguente matrimonio o per dichiarazione di legittimità o per adozione:

La prole naturale anche nel codice austriaco è considerata estranea alla famiglia del padre (§ 165).

Digitized by Google

E tutt'altra però la posizione del figlio naturale riguardo alla madre. Egli entra nella famiglia di lei e vi gode tutt' i dritti spettanti al figlio legittimo (1705), e questo principio si riscontra nel dritto comune, nel codice sassone (1874, 2019, 2025, 2563) e in altre numerose leggi moderne. Secondo il codice austriaco, la prole illegittima assume soltanto il nome materno, i figli illegittimi succedono, nello stesso modo che i legittimi, alla madre, e sono esclusi non solo dalla successione intestata del padre e dei consanguinei paterni, ma anche dalla successione dei genitori, degli avi e degli altri consanguinei della madre (§ 754), mentre nel codice germanico acquistano la stessa posizione giuridica che un figlio legittimo, non solo verso la madre, ma verso la famiglia della madre.

Il codice tedesco ammette la ricerca della paternità naturale, ma limita eccessivamente gli effetti della dichiarazione di questa (§ 1708 a 1716), concedendo al figlio naturale i soli alimenti, in proporzione della condizione della madre, fino al compimento del 16.° anno, salvo i casi d' imperfezione fisica o mentale, che gli rendano impossibile procurarsi gli alimenti. È questo il punto più illiberale e più inumano di questo grande monumento di legislazione moderna. Vi si sente impresso un crudele sentimento di odio e di iniqua persecuzione contro esseri umani innocenti, vittime tanto della colpa dei genitori, quanto della società costituita e delle leggi.

E deplorevole che la più recente legislazione, l' ultima emanata nel secolo testè tramontato, si sia macchiata di una ingiustificabile iniquità giuridica e sociale, e abbia offuscato il suo splendore giuridico, con disposizioni che sono assolutamente impari al progresso giuridico, che il legislatore tedesco si è proposto di raggiungere.

62. Premessi questi indispensabili schiarimenti, vediamo come il legislatore germanico costruisce o applica le presunzioni di paternità alla filiazione naturale e alla legittimazione.

La ricerca della paternità naturale, la quale, quasi per irrisione all' infelicità di una prole innocente, creata dal più iniquo pregiudizio sociale e giuridico, nei suoi effetti si riduce ad un ristrettissimo dritto alimentare commisurato non alla posizione del padre, ma, e qui è il massimo dell' ingiustizia legislativa, alla condizione della madre, che, nella grande maggioranza dei casi, è umile e inferiore economicamente e socialmente a quella del padre, è agevolata colla presunzione che si reputi padre naturale, pei fini così miseri, chi abbia coabitato colla madre durante il periodo del concepimento stabilito in tema di legittimità, (§ 1592), cioè durante il periodo

Digitized by Google

compreso fra il 181° giorno e il 302° anteriore a quello della nascita (§ 1717). Questa *praesuntio* è *iuris tantum:* onde può essere distrutta o dal fatto che un altro abbia egualmente coabitato colla madre nel medesimo periodo, o dal fatto dell'impossibilità che il padre presunto sia stato l'autore del concepimento, secondo le circostanze. Questa seconda prova è eguale e comune alla presunzione di legittimità. Ma il primo fatto merita una speciale considerazione. Il motivo pel quale la coabitazione di un altro nel medesimo periodo debba escludere la presunzione di paternità, il legislatore l'ha trovato nell'assoluta incertezza della paternità: la coesistenza di due presunzioni che si escludono a vicenda annulla l'efficacia di entrambe, e l'indagine della paternità si rende impossibile, in difetto di altre prove o di altri mezzi di ricerca. Tale è stato il concetto legislativo. Si è adottata qui quella teoria del dritto comune che, in tema di legittimità, per la nascita di un figlio dopo le seconde nozze, negava ogni efficacia alla presunzione di paternità per l'uno e per l'altro marito: la ragione è identica, ma più opportuna in questo caso della filiazione naturale, che in quello. Senonchè ci sembra che l'esclusione assoluta della presunzione sia eccessiva: vi possono essere dei casi in cui non sia impossibile discernere la paternità, secondo la teoria enunciata a proposito dello stato legittimo, quando il periodo della coabitazione di fronte alla normalità o all'anormalità della nascita dimostri chiaramente quale presunzione debba escludersi. E può avvenire che le due presunzioni s'incontrino nello stato in cui si trovino pel figlio legittimo, e pel quale lo stesso codice dà la prevalenza all'una o all'altra di esse. L'aprioristica esclusione pronunciata in massima generale, senz'alcuna limitazione, si rivela affrettata: forse l'attenzione dei gravi giureconsulti tedeschi che compilarono il codice fu restia a fermarsi *in corpore vili,* quale era per essi la prole naturale. Nondimeno, la norma legislativa non chiude l'adito assolutamente ad ogni indagine sulla vera paternità, che, a nostro modo di vedere, potrà sempre farsi per stabilire chi dei due che vantino o invochino identiche presunzioni possa dirsi certamente il genitore per la esclusione della possibilità che il genitore sia l'altro: onde, anche in questo punto, gioveranno alla giurisprudenza e alla dottrina tedesca i criteri da noi proposti.

Non è un fuor d'opera constatare che il codice germanico su questo punto è il più antiumano e il più severo dei codici civili ora vigenti nel mondo civilizzato.

Digitized by Google

L'aprioristica esclusione di ogni paternità, che si risolve in una presunzione d'incertezza assoluta, può alla sua volta essere distrutta da una dichiarazione in un pubblico documento, colla quale alcuno si riconosca padre del fanciullo: questa dichiarazione gli toglie l'eccezione d'incertezza per la coabitazione di un altro (§ 1718) durante il periodo del concepimento. Ma *quid iuris,* se anche quest'altro faccia una simile dichiarazione? Il codice non ha prevista questa ipotesi, pur possibile. Se avvenisse, si dovrebbero applicare i principî generali, secondo i quali in un conflitto di due presunzioni di eguale valore giuridico, escludentisi fra loro, è necessario ricorrere alla prova e all'indagine su ciascuna di esse di fronte all'altra, per vedere quale debba escludersi: due prove presuntive contrarie si elidono, per necessità logica, e non restano che le norme probatorie comuni. Quindi in una contestazione giudiziale, gravi saranno gl'inconvenienti e le difficoltà per la risoluzione di quel conflitto. Per forza logica delle cose, si dovrà invocare la teoria che abbiamo proposta in tema di legittimità.

63. Il codice tedesco, se da una parte è stato eccessivamente severo e iniquo verso la prole naturale anche pel dritto naturale degli alimenti, che scaturisce direttamente dalla tutela del dritto alla vita, dall'altra ha offerto più agevolmente al genitore il modo di elevare la prole naturale alla dignità di prole legittima.

E all'uopo è da notare una capitale differenza fra la forma di legittimazione germanica e quella a tipo francese per *subsequens matrimonium:* per l'una, unica condizione è il matrimonio, il quale *ipso iure,* senza bisogno di altra formalità, produce la legittimazione della prole naturale (§ 1719), e per l'altra, è necessario il riconoscimento, o anteriore o contemporaneo o posteriore al matrimonio, da parte di entrambi i genitori (art. 197 cod. it.; 331 cod. franc., il quale però non ammetteva il riconoscimento posteriore ed era controverso se questo potesse essere efficace, se giudiziale, e prevaleva l'opinione negativa (1); art. 174 e 176 capov. cod. alb.;

(1) Delvincourt, t. I, pag. 86, n. 12; — Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, pag. 496; Massé et Vergé, t. I, pag. 312; — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n. 478; — Marcadé, sur art. 331, n. 1; — Valette, *Esplic. somm.*, I, pag. 183; — Demolombe, V, n. 363; — Laurent, IV, n. 172; — Vedi nei lavori preparatorii: *Séance du Conseil d' État du 24 brumaire* an. X, n. 4; — Locré, t. III, pag. 43-46; — Contra: Duranton, t. III, pag. 175, n. 180; — Demante, *Cours analytique,* t. II, pag. 107 et suiv. n. 57 bis, VII; — Lassaul, I, pag. 383; — Zachariae, t. II, § 548.

Digitized by Google

139 cod. ticin.; art. 169 cod. est.; art. 253 LL. CC. ab., conforme al dritto francese; art. 134 cod. parm.); per la prima non si ha riguardo agl' impedimenti del matrimonio esistenti fra i genitori all' epoca del concepimento, e quindi all' adulterinità e allo stato incestuoso, tranne che per la legittimazione per dichiarazione della pubblica autorità dello Stato (§ 1732), e la seconda esclude in ogni caso la legittimazione dei figli il cui riconoscimento è vietato, cioè degl' incestuosi o adulterini (art. 195 cod. civ, it.; 331 cod. franc.; 172 cod. alb., che al n. 3.° annoverava anche i figli nati da persone delle quali anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata da ordini sacri o da voto solenne di professione religiosa; art. 253 LL. CC. ab.; 131 in relazione all' art. 118 cod. parm.; 89 cod, tic, del 1837 e 137 e 139 in rapporto all' art. 126 cod. ticin. del 1882; 166 e 158 cod, est.). Qui il legislatore tedesco è stato più umano e più liberale, in armonia del resto al codice austriaco (§ 161), il quale però limita gli effetti della legittimazione in favore dei figli legittimi nati da altro matrimonio esistito nel tempo intermedio. Ora nell' istituto della *legitimatio per subsequens matrimonium* funziona la presunzione di paternità, invocabile dal figlio per acquistare la posizione giuridica di figlio legittimato dal matrimonio. Questa presunzione è la stessa che quella stabilita al § 1717 alin. 2: la presunzione di paternità ha luogo quando il padre presunto abbia coabitato colla madre durante il periodo del concepimento, cioè dal 181° al 302° giorno anteriore a quello della nascita, compresi, s' intende il 181° e il 302° giorno.

Il figlio naturale adunque potrà provare questo fatto, per invocare la presunzione di paternità a suo favore ed entrare con tutti i dritti della legittimità nella famiglia costituita col matrimonio fra il padre e la madre, e rispetto alla famiglia dell' uno e dell' altra. Questa presunzione naturalmente è *iuris tantum*, e può essere invanita dalla prova contraria, cioè della impossibilità evidente che il marito sia stato l' autore del concepimento. Il codice ha creduto aggiungere, in favore del figlio, un' altra disposizione, che non trovasi, in tema di semplice filiazione naturale, al § 1717 sopra citato: ha dichiarato che se il marito, in un documento pubblico, abbia riconosciuta la sua paternità dopo la nascita del figlio, si presume che abbia coabitato colla madre nel periodo del concepimento, cioè si presume provato il fatto che dà vita alla presunzione di paternità. Ma quest' altra presunzione, scaturente dalla confessione o dalla dichiarazione del padre, deve ritenersi *iuris et de iure* o *iuris tantum?*

Digitized by Google

Ci sembra che niuna ragione militi per la prima ipotesi, tanto più che il codice non dà a quella confessione un valore assoluto, come tale, ma ne limita l'efficacia alla costruzione di una prova presuntiva del fatto della coabitazione, per mettere così in essere non la prova *iuris et de iure* della paternità, ma la semplice presunzione, a norma della prima parte del § 1720. Quindi, in una contestazione giudiziale può essere combattuta da una prova contraria da chi vi abbia interesse.

64. La stessa presunzione di paternità naturale è stabilita nel codice austriaco (§ 163), colla medesima aggiunzione del valore giuridico di una dichiarazione o confessione, giudiziale o stragiudiziale, del padre. Chi è convinto, a norma del regolamento sul rito civile, si esprime il legislatore austriaco, di avere avuto commercio colla madre della prole nello spazio di tempo a contare dal quale fino alla nascita di questa non siano trascorsi nè meno di sei mesi nè più di dieci, e chi ciò confessa, anche stragiudizialmente soltanto, si presume il genitore. Anche questa presunzione, secondo l'unanime dottrina sul dritto austriaco, è *iuris tantum:* può essere sempre combattuta, sia che scaturisca dalla regolare prova del fatto, che dalla confessione di esso. Si dubitò nella giurisprudenza austriaca se fosse d'applicarsi il § 166 del Regolamento quanto alla confessione stragiudiziale, cioè se questa dovesse farsi in confronto di chi il confitente sapesse avervi interesse; e si è adottata prevalentemente l'opinione negativa, in favore della prole. Ma un'altra presunzione ha creata il codice austriaco: l'iscrizione del nome del padre nei libri dei battesimi o delle nascite, fatta eseguire dalla madre col consentimento del padre, confermata dalla testimonianza del curato e del patrino, che dichiarino di ben conoscere il padre medesimo personalmente (§ 164). Questa iscrizione, secondo la lettera della legge, fa piena prova, la quale certamente è più energica e più efficace.

Un decreto aulico del 27 giugno 1835 dichiarava che l'iscrizione del consenso o della ricognizione paterna si potesse inserire anche in tempo posteriore al battesimo.

Pei fini della legittimazione, non solo il figlio potrà valersi della presunzione legale di paternità, ma anche, s'egli sia deceduto, i suoi discendenti, perchè gli effetti della legittimazione si estendono a costoro (§ 1722).

Digitized by Google

Capo XI.

Questioni controverse.

65. Questioni controverse sotto le legislazioni a tipo francese. — 66. Sotto la legislazione italiana. — 67. Questione sull' estensibilità della presunzione del concepimento legittimo per determinare l' inizio della capacità nell' acquisto dei dritti anche indipendenti dalla legittimità. — 68. Altro ordine di questioni controverse. — 69. Presunzione di vita.

65. I legislatori tedeschi hanno evitato su questo punto le gravi questioni che si agitarono nel dritto comune, e alcune tuttora si agitano sotto l' impero delle legislazioni delle nazioni latine. Si è discusso lungamente nel dritto comune, e anche nel campo della legislazione napoleonica, se qualsiasi impedimento esistente fra il padre e la madre al tempo del concepimento valesse ad escludere la legittimazione, e gravi scrittori si sono pronunziati in senso affermativo (1).

Una importante *fictio iuris* si era venuta corroborando nel dritto canonico e nel dritto comune: si presumeva che i genitori della prole naturale avessero avuta la ferma intenzione di unirsi in legittimo matrimonio fin dall' epoca del concepimento dei loro figli, onde il vincolo matrimoniale, in grazia di quell' intenzione, legittimava il passato, e i suoi effetti retroagirono al tempo del concepimento (2). Da questa finzione discendeva la conseguenza che la *fictio iuris* non si rendeva operativa se, a quell' epoca, il matrimonio non era possibile (3) per incesto o per adulterinità. *Quid iuris*, in caso di dispensa dagl' impedimenti matrimoniali? Alcune erano semplicemente attributive, e avevano efficacia per l' avvenire, e però non consentivano la legittimazione; ma v' erano quelle che retroagivano, accordate in casi gravi, e queste permettevano la re-

---

(1) Loiseau, pag. 279; — Delvincourt, t. I, pag. 86, n. 11; — Loiseau, pag. 279; — Zachariae, t. II, § 548, n. 2; — Vedi Pothier, *du Mariage*, n. 411; — Contra: Demolombe, V, n. 345, sembrandogli la proposizione troppo generale; — Vedi anche Dalloz, *Paternité*, n. 460.

(2) Reiffenstuel, *Ius canonicum*, lib. IV, t. XVII, § 2, n. 36.

(3) Carrière, *De matrim.*, t. II, pag. 367, 545.

Digitized by Google

troattività degli effetti matrimoniali (1). Ora questa potestà di concedere dispense retroagenti fino all'epoca del concepimento era rimessa al pontefice, scaturiva, come dicesi, *ex potestate clavium.* Senonchè parecchi canonisti avevano anche, in altre occasioni, sostenuto che si dovesse aver riguardo al momento della nascita, indipendentemente da qualsiasi impedimento anteriore, fondandosi sulla L. 11 Cod. *de nat. lib.* (2), e furono seguiti anche da vari scrittori di dritto comune.

L'antico dritto accolse la finzione del dritto canonico e le sue conseguenze riguardo agl' impedimenti anteriori al matrimonio, fingendo questo celebrato all'epoca del concepimento; ma, mentre accettò con rigore la conseguenza dell' impossibilità della *fictio* in modo assoluto nei casi di adulterinità, fu più largo e derogò al dritto canonico in ordine agl' impedimenti per vincoli di parentela o di affinità, non ammettendo l' eccessiva estensione che la Chiesa dava ad essi (3). Di qui la grande incertezza e confusione nel dritto comune, e Pothier insegnò che la *fictio iuris* era applicabile quando la dispensa era facile ad ottenersi (4). E i parlamenti furono ancora più incerti su questo punto.

La presunzione del dritto canonico e del dritto comune non è ammessa dalla grande maggioranza degli scrittori francesi, che insegnano non essere corrispondente alla codificazione (5). L' accetta però il Laurent (6).

66. In Italia, in virtù della disposizione dell' art. 180, si sono evitate le gravi dispute sorte sotto l' impero della legislazione na-

---

(1) Vedi Carrière, *Dissertation sur la réabilitation des mariages nuls et dispenses in radice;* — Vedi anche Laurent, vol. IV, n. 177.

(2) Vedi Bretonnier sur *Henris,* t. III, liv. VI, chap. V; — Pothier, loc. cit., n. 417; — Demolombe, V, n. 346.

(3) Bourjon, *Droit commun de la France,* liv. I, tit. III, chap. VI, sect. II, n. 21.

(4) *Contrat de mariage,* n. 414; — Lebrun, *Des succ.,* liv. I, chap. II, sect. I, *Furgole des testam.,* chap. VI, sect. II; — Merlin, *Rep.* v. *legit.,* sect. II, § 2, n. 9; — Laurent, IV, n. 177.

(5) Merlin, *Rep.* v. *légit.,* sect. II, § 2; — Dupin, t. X, p. II, pag. 1; — Aubry et Rau sur *Zachariae,* t. IV, pag. 597; — Massé et Vergé, t. I, pag. 312; — Demante, r. II, n. 57 bis; — Demolombe, V, n. 345.

(6) V. IV, n. 174.

Digitized by Google

poleonica, la quale non definiva o limitava il concetto dell'incesto (1), come l'aveva evitato il codice albertino (art. 172), il codice ticinese del 1837 (art. 89) e quello del 1882 (art. 128 e 132), il codice estense (art. 158, 166), come il codice civile spagnuolo (art. 119). Ma v'ha nella dottrina chi sostiene la teoria della *fictio iuris*, come il Pacifici Mazzoni, che la chiama pietosa (2), in riguardo all'intenzione che i genitori avrebbero avuto di unirsi in matrimonio all'epoca del concepimento della prole. Non ci sembra che i legislatori abbiano fatto ricorso alla costruzione dottrinale della *fictio iuris*, o, anche ammesso che questa, come un insegnamento tradizionale, abbia influito sulla mente dei legislatori nella codificazione di questo punto del dritto, è certo ch'essa non è necessaria a spiegare il fenomeno giuridico e le conseguenze della *legitimatio*. Qualunque sia stato il convincimento teorico dei compilatori dei codici francese e italiano, la *praesumptio iuris* non è indispensabile per la determinazione degli effetti dell'istituto già determinati dalla stessa legge. Ma, se teoricamente quella *praesumptio* poteva servire nel campo della legislazione francese, incerta nella concezione degli ostacoli alla legittimazione derivanti dai vincoli di parentela e affinità, è assolutamente inutile nella legislazione italiana e in quelle altre, che simili ostacoli hanno bene definiti.

Il concetto di una *fictio iuris* è da escludersi anche per ragioni storiche, perchè la *legitimatio* fu ammessa per equità, sembrando ingiusto che l'istituto facesse cessare lo stato di unione illegittimo o, come si esprimevano i canonisti, il peccato, e lo dovesse poi mantenere riguardo ai figli. Inoltre non è esatta la teoria di una *fictio iuris* di un fatto certo apertamente contraria alla realtà di questo, è troppo arbitraria la supposizione di un avvenimento in un tempo in cui è certissimo che non avvenne. La presunzione di

(1) Vedi specialmente su queste dispute: Toullier, II, 933; — Loiseau, *Des enfants natules*, pag. 262; — Allemand, *Du mariage*, II, 651, 654; — Merlin, loc. cit., sect. II, n. 9; — Dalloz, v. *patern.*, n. 460; — Proudhon et Valette, II, pag. 165 e 168; — Marcadé, *sur art.* 331, II; — Aubry e Rau, IV, 596; — Taulier, I, 404; — Ducorroy, Bonnier et Roustaing, I, 474; — Demante, II, 67, bis, IV-VI; — Demolombe, V, 352-355; — Laurent, loc. cit.; — Duranton, III, n. 170 e seg.

(2) *Ist.*, II, n. 302. Contra: Chironi, (*Ist.*, II, § 392); — Bianchi, il quale però l'ammette nell'ipotesi di una *legitimatio* per decreto regio (vol. III, n. 88).

Digitized by Google

un' intenzione, sia pur probabile, che i genitori avrebbero avuto all' epoca del concepimento della prole, di unirsi in modo legittimo, dovrebbe, secondo quella dottrina, funzionare in guisa da far reputare retrotratto un avvenimento posteriore, contraddicendo alla verità di un fatto certo. Queste costruzioni così irrazionali, oltre ad essere antitetiche alla storia indiscutibile dei fatti autenticamente provati, sono antigiuridiche. La teoria della finzione forse è più logicamente sostenibile in quelle legislazioni, che, come l' estense (art, 168), la parmense (art. 133), la ticinese (138), dichiarano legittimato *ipso iure* il nato prima del termine minimo dalla celebrazione del matrimonio.

Ma v' ha un argomento decisivo, per escludere la teoria della *fictio iuris*, ed è nel testo delle leggi. Gli stessi legislatori, tranne il francese, contrariamente a quella, limitano gli effetti della *legitimatio* dal dì del matrimonio (art, 197 cod. civ. it.; 139 cod. civ. ticinese; 176 cod. alb.; 136 cod. parm.; 171 cod. est.; 123 cod. spagn.; 119 § 3 cod. portoghese; 319 cod. arg.). E quanto alla legittimazione dei figli naturali nati dopo il matrimonio, il codice ticinese (art. 139) la ammette dalla nascita; e i soli codici parmense ed estense, dal concepimento; per l' altra, se il riconoscimento è posteriore, dalla data di questo.

67. La legislazione germanica ha risoluta legislativamente un'altra grave questione, che si agitava e si agita sotto l' impero del dritto francese e italiano, intorno all' estensione della presunzione del periodo massimo e minimo del concepimento, richiamando nell' istituto al § 1720 la stessa presunzione sancita per la paternità legittima (§ 1592) e per la naturale (§ 1717). Nel dritto francese e italiano, invece, è controverso se, per l' efficacia della *legitimatio*, e propriamente per escludere o ammettere l' ostacolo dell' adulterinità o dell' incesto, si possa invocare la presunzione circa il periodo del concepimento stabilito a favore della legittimità. Vi sono su questo argomento due dottrine opposte, una che applica la presunzione (1), e l' altra che la esclude (2). La prima però è prevalente, e in Italia la segue il Pacifici-Mazzoni (3). L' una insegna che

(1) Merlin, *Rep.* v. *légit*, sect. II, § 2, n. 7; — Toullier, II, 115 e 116; — Marcadé, sur art. 331, III; — Aubry e Rau, *IV*, § 546; — Mourlon, I, 476; — Demolombe, V, 351.

(2) Laurent, n. 174.

(3) *Ist.*, II, n. 301.

Digitized by Google

vi sia parità di ragione fra l'ipotesi della legittimità e quella della legittimazione, e che la presunzione, stabilita per la prima, debba valere per la seconda; e l'altra afferma che, essendo stata costituita per la legittimità, non sia lecito all'interpetre estenderla alla legittimazione: « cela, si esprime il Laurent, est décisif pour l'interpréte ». Noi riteniamo che la presunzione sia invocabile, come un elemento di prova, non per ragioni analogiche, secondo gl'insegnamenti della dottrina comune, ma perchè crediamo che la presunzione del periodo del concepimento, anche nella legislazione francese e italiana, rappresenti la costruzione di un elemento obbiettivo di prova, basato su dati fisiologici ritenuti inalterabili, la cui efficacia non è limitata alle questioni di legittimità. Se queste hanno costituito lo scopo più diretto e più immediato pel quale quella prova presuntiva è stata costruita, con ciò non è escluso che non possa invocarsi per scopi affini e in tutti quei casi in cui occorra stabilire lo stesso fatto, obbiettivamente considerato: dallo scopo estrinseco pel quale la prova presuntiva è stata riconosciuta, logicamente, non discende la limitazione di essa, come elemento di prova obbiettivo, e della sua efficacia giuridica unicamente a quel fine. Questa limitazione non fu mai nel pensiero degli autori della presunzione, i quali, come abbiamo altrove constatato, mossero da elementi eminentemente obbiettivi e ne ricavarono la prova. Non si tratta di una presunzione esclusivamente creata in tema di legittimità, secondo osserva erroneamente il Laurent, ma del riconoscimento di un fatto fisiologico come fondamento di una prova sicura o grandemente probabile.

68. Il codice tedesco ha del pari tolto di mezzo un'altra e più grave questione, la quale non raramente si può presentare nella pratica: la formulazione di una regola generale relativa al periodo del concepimenio nei §§ 1592, 1717 capoverso e 1720, come quello che inizia la capacità giuridica del subbietto naturale di dritti, posta in relazione col capoverso del paragrafo 1923, dirime ogni dubbio in proposito. La questione va posta nei seguenti termini: poichè tutte le legislazioni ammettono la capacità di succedere nel concepito, come se fosse già nato al tempo della devoluzione dell'eredità (art. 725 e 906 cod. franc.; *Landrecht*, I, 9, § 367, I, 12, § 631; 2008 cod. sass.; 538 cod. aust.; art. 900, 721, 1895 cod, est.; 646 e 822 LL. CC. Ab.; 623, 829 cod. parm.; 3290 cod. arg.; 705, 922, 1153 cod. alb.; 380, 424, 601 cod. ticin.; art. 1106 cod. Baltico; 1695 dello *Svod* russo; 7 e 1776 cod. portoghese; 745 e 29

Digitized by Google

cod. spagn.; 9 cod. di Zurigo; 10 di Berna; 10 cod. di Lucerna; 13 del Cantone di Soletta; 20 cod. di Argovia; 12 di Friburgo; § 5 e 473 cod. dei Grigioni); se, a prova dell'essere concepiti, si possa invocare la presunzione ammessa dalle leggi in tema di legittimità. Non si può dubitare della risoluzione affermativa nella legislazione tedesca e nell'austriaca (§§ 138-163) (1).

La questione è stata anche testualmente decisa nella legislazione portoghese, in quanto questa estende il periodo presuntivo del concepimento fino a 300 giorni dalla morte del testatore, pei fini della capacità a succedere (art. 1776 § unico cod. civ.), cioè per tutto il termine massimo stabilito (art. 101) a proposito della legittimità. Così il citato art. 1776 § unico dichiara che dev'essere considerato vivente il fanciullo concepito che nasce vitale e avente forma umana nei 300 giorni che seguono la morte del testatore. Parimenti il codice di Zurigo applica alla successione di qualsiasi persona la presunzione del termine massimo stabilita per la legittimità, reputando concepito all'epoca dell'apertura della successione il nato nei 300 giorni dalla morte del *de cuius* (art. 909, 968 e 648 cod. civ.). Ed è stata risolta nella legislazione argentina (art. 70, 76 e 77), nella quale, bandendosi finanche la *praesumptio iuris*, si dichiara esplicitamente che l'esistenza umana incomincia dal momento della concezione (art. 70), e che si ha ineluttabilmente come periodo di questa tutto quello spazio di tempo compreso fra un massimo di 300 giorni e un minimo di 180 compreso quello della nascita, e che questa presunzione è *iuris et de iure* (art, 76 e 77).

Ma la questione è fortemente controversa nella legislazione francese e italiana. Si contendono il campo quattro opinioni, ed è inesatto l'avviso di alcuni che si riducono a tre:

1.° Una prima teoria nega assolutamente l'applicabilità della presunzione alla materia delle successioni (2). Essa muove dal concetto, che, trattandosi di una presunzione, questa non potrà estendersi al di là delle ipotesi giuridiche per le quali è stata creata, e che sia completamente distinta la questione della legittimità da quella successoria, anche quando si connettano e s'incontrino, in guisa che la risoluzione affermativa nell'una a favore del figlio in

(1) Winiwarter, vol. I, § 48.

(2) Laurent, VIII, n. 538, 539, 540; — Veralli, *Limiti legali alla libertà di testare*, cap. III, § 2, pag. 110; — Ramponi, *Teoria generale delle presunzioni nel diritto italiano*, capo II, § 3, pag. 148.

Digitized by Google

forza della presunzione non escluda che possa soccombere nella seconda. E giustifica la differenza, assùmendo che in quella il legislatore abbia scorto un interesse pubblico da tutelare, e in questa un mero interesse privato, e che non sia giusto che di fronte all' incertezza dell' esistenza della persona nascitura ceda il dritto certo di un altro successore (1).

2.° Una seconda opinione, diametralmente opposta, applica puramente e semplicemente la presunzione in tutta la sua forza giuridica, *iuris et de iure*, a qualunque indagine del concepimento in materia successoria (2).

3.° Una terza opinione, intermedia, fa una distinzione: se la questione di successione sia congiunta a quella di legittimità, la presunzione stabilita per questa, si applica anche a quella, ma se l' una sia indipendente o semplicemente scindibile dall' altra, la presunzione non è applicabile. La congiunzione però dev' essere tale che la capacità a succedere sia la conseguenza della presunta legittimità, cioè un'intima e inseparabile connessione: così sarà legalmente presunta l' anteriorità del concepimento all' apertura della successione, vale a dire la capacità a succedere, se questa si presenti come una legittima e necessaria conseguenza della presunta legittimità; ma se tale connessione manchi, l' anteriorità del concepimento, cioè la capacità a succedere, dovrà essere dimostrata (3).

4.° Oltre il caso della connessione, fra questi stessi scrittori, è sorta l' opinione, che debba avere anche influenza la presunzione stabilita per la legittimità, e alcuni l' ammettono molto limitata-

(1) Vedi Laurent, VII, n. 538.

(2) Toullier, *t.* IV, n. 85; — Duranton, t. VI, n. 72; — Zachariae, Aubry et Rau, t. IV, pag. 167; — Toullier, t. III, pag. 125; — Belost-Jolimont sur *Chabot*, art. 725, obs. 1; — Malpel, n. 28°; — Vazeille, art. 725, n. 7; — Troplong, *don. et test.*, t. II, n. 606; — Merlin, *Rép.* v. *succes.*, sect. I, § 2, art. 5, n. 1; — Zachariae, t. II, § 592; — Mattei, art. 724, t. III, pag. 34, n. 3; — Buniva, *Success.*, pag. 28; — Borsari, *Cod. civ.*, § 1543; — Ricci, *Drit. civ.*, III, n. 15-16; — Gianturco, *Successioni*, pag. 28; — Losana, *Dig. it. Succes. leg.*, vol. XXII, pag. III, n. 4; — Paoli, *Succes.*, n. 139; — Sala, *Succes. ab. intestato*, pag. 53; — Vitali, *Succes.*, vol. I, n. 737.

(3) Mahcadé, vol. V, § 53, III, IV, art. 725; — Mourlon, t. II, art. 725; — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, 418; — Miremel, *Revue crit. de jurisp.*, 1854, t. V, pag. 512; — Pacifici-Mazzoni, *Succes.*, vol. I, n. 67 e seg.; — Demolombe, V, n. 183, 184.

Digitized by Google

mente, e altri col valore di una *praesumptio iuris tantum*. Così il Marcadé ritiene conforme allo spirito del codice considerare il periodo massimo presuntivo del concepimento come probabile, nel caso di dubbio e quando non si sia stabilito da periti o per altre circostanze che il concepimento sia stato posteriore alla morte del *de cuius;* e che debba pronunziarsi l'incapacità, se non esista alcuna probabilità in sostegno di quella presunzione. E aggiunge che si debba, in ogni caso, presumersi, senza possibilità di prova contraria, incapace chi è nato 300 giorni dopo l'apertura della successione, e capace chi è nato fra i 180 giorni dopo la morte: in queste due ipotesi, sarebbe operativa la *praesumptio iuris et de iure* (1). Il Demolombe va più in là: non solo ammette il valore della presunzione *iuris et de iure* in questi due casi, ma ritiene efficace senz'altro la presunzione come *praesumptio iuris tantum* in ogni altra ipotesi indipendente dalla questione della legittimità, salva, naturalmente, la prova contraria (2). Nell'ipotesi del nato oltre i 300 giorni dalla morte del *de cuius*, Massé et Vergé ammettono il fanciullo a provare che egli era concepito prima del decesso (3).

Abbiamo già espresso la nostra opinione sull'efficacia e sulla funzionalità di questa presunzione, osservandola nell'istituto della legittimità. Ci sembra ch'essa non debba essere limitata alla sola questione di legittimità: essa rappresenta la costruzione di un elemento obbiettivo di prova relativo al periodo presuntivo del concepimento, e come tale, in qualunque istituto sorga la necessità dell'indagine sull'inizio della capacità umana, opera in tutto il suo valore giuridico, secondo è stato sancito in quasi tutte le legislazioni moderne, delle quali abbiamo già fatto cenno.

69. Nel codice tedesco è stata codificata in ordine al subbietto naturale di dritto un'altra presunzione: la presunzione di vita fino all'accertamento vero o alla dichiarazione della presunzione di morte (§ 19). In ciò è conforme al codice austriaco (§ 278 in relazione al § 24). Una dottrina propugnata da scrittori autorevolissimi e specialmente dal Cropp nel suo celebre trattato sull'eredità devoluta a persona scomparsa, dall'Unger nel suo classico trattato sul

(1) Vol. V, n. 57, art. 725.

(2) Vol. V, n. 185; — Demante, t. III, n. 32 e 32 bis; — Duvergier sur *Toullier*, t. II, n. 95; — Chabot, sur l'art. 725, n. 7; — Chironi, *Ist.*, II, § 139.

(3) Massé et Vergé sur *Zachariae*, t. II, pag. 241, n. 2.

Digitized by Google

dritto privato generale austriaco, dal Köppen, dallo Zink, dal Roth sul dritto bavarese, dal Mülenbruch, dallo Schäffer, dal Serafini, dal Bopp, e da molte decisioni di tribunali supremi germanici, ha dimostrata l'erroneità di questa *praesumptio iuris* in rapporto all'acquisto dei dritti, rigettando così l'antica massima: « *qui in absentis vita se fundat eam probare necesse non est* » (1). Ma un'altra dottrina, opposta, sostiene la presunzione (2), propugnata massimamente dal Windscheid, dal Bruns, dal Keller, dallo Steinberger. L'Arndts, dopo averla respinta nella 1.ª e 2.ª edizione, l'ammise nella terza e nella quarta, e infine dichiarò che nel dritto comune non eravi consuetudine certa se dovesse presumersi la vita dell'assente dopo decorsi 70 anni dalla sua nascita.

Questa presunzione si venne costruendo nel dritto comune, e pare che non sia anteriore al XVII secolo. I suoi sostenitori credono sostenerla in base alla Novella CXVII, c. II. Ma il loro argomentare è inesatto, perchè la citata Novella non si allontana dal principio generale del dritto romano: chi assume la morte di una persona deve darne la prova, nè si può indurre il concetto che chi affermi la continuazione dell'esistenza umana, in uno stato d'incertezza, non sia tenuto alla prova. La dottrina contraria, fra l'altro, obbietta che la presunzione sovverta i naturali rapporti, sostituisca all'incertezza sulla vita o sulla morte una certezza dell'una e dell'altra in due momenti diversi; che di una presunzione legale se ne facciano due, una sulla vita, l'altra sulla morte; e che, se la dichiarazione di morte significhi non avere lo scomparso vissuto oltre il giorno presunto come il momento del decesso, essa non importi la presunzione contraria o l'affermazione che lo scomparso stesso abbia realmente vissuto fino a quel giorno.

Le due dottrine, com'è facile scorgere, conducono a conseguenze sostanzialmente diverse: quella che ammette la presunzione

(1) Cropp, *Eredità devoluta a persona scomparsa prima della sua dichiarazione di morte;* — Unger, *Sistema di dritto privato gen. aust.*, I, 26; — Köppen, *Dritto di eredità*, pag. 144; — Zink, *Fogli di giurisp. prat.*, XXVI, n. 2, 3, 4; — Keller, § 21; — Bopp, *Rivista del Linde*, N. S. XVII, 12; — Roth, *Drit. bav.*, I, 162; — Vedi anche Seuffert, XIV, pag. 250, XV, n. 200; — Serafini, *Arndts*, § 26, n. 3; — Schäffer, *Riv. del Linde*, N. S. V, 10; — Mühlenbruch, *Doct. pand.*

(2) Windscheid, *Pandette*, § 53 in nota; — Bruns, *Ann. del d. com.* del Bekker, I, pagg. 168 e 193; — Steinberger, *Diz. giur.*, XII, pag. 693.

Digitized by Google

riconosce allo scomparso l'acquisto di tutt'i dritti che gli vengono nel periodo di tempo fra la sparizione e la dichiarazione di morte, e che presuppongono necessariamente l'esistenza di lui, come un'eredità o un legato; e quella opposta, invece, gli nega ogni acquisto di dritti, il quale non sarebbe possibile senza che si abbia la prova della esistenza della persona scomparsa nel momento in cui i dritti le sieno devoluti.

Il codice germanico ha seguito la prima dottrina, ch'è quella seguita dal Windscheid, alle teorie del quale, principalmente, si è ispirato in più luoghi.

Fra le legislazioni moderne, il codice civile di Zurigo ammette la presunzione di vita durante 15 anni dal giorno a cui rimontano le ultime notizie positive che si abbiano sull'esistenza dello scomparso (art. 11), e alla presunzione di vita fa succedere la presunzione della definitiva scomparsa (art. 12 e 13), poi la presunzione di morte (art. 14), laddove quello del Canton Ticino per l'acquisto di un dritto richiede la prova certa dell'esistenza, negando così la presunzione di vita nel periodo d'incertezza (art. 45): onde le successioni, cui sia chiamata una persona della cui esistenza non consti, si devolvono agli altri aventi dritto, salva la comparsa dell'assente o la prova della sua esistenza (art. 46 e 47 in relazione all'art. 40). E ammette la presunzione di vita il codice dei Grigioni fino alla dichiarazione della presunzione di morte (art. 7). In Italia e in Francia, nell'istituto dell'assenza è controversa. V'ha chi l'ammette e chi la nega, e chi sostiene che non vi sia che una prevalenza della presunzione nei primi stadi dell'assenza, o della probabilità della vita, e fra costoro è il Bianchi (1).

Noi, dal punto di vista teorico, siamo indotti a contestare l'esattezza dell'una e dell'altra dottrina, e a non accogliere nessuna delle due. La presunzione della vita nel periodo della sparizione è certamente una creazione arbitraria, perchè gl'interpreti e i legislatori, che l'ammettono, surrogano a uno stato d'incertezza, in cui può essere maggiore o minore probabilità della vita o della morte, a seconda delle circostanze, l'affermazione dell'esistenza della persona scomparsa, senza ch'esista una ragione sufficiente a sostenerla. Le presunzioni si fondano su dati di probabilità, e in certi casi di sparizione di persone, come nei disastri, nei naufragi, nelle guerre, quelli

(1) Vol. I, 2.ª ed., n. 134.

Digitized by Google

sono più per l'estinzione che per la sopravvivenza della persona umana. Non v'è nel periodo della scomparsa che uno stato incerto: non è certo che esista il subbietto di dritto, nè è certo che non esista. Ora, costruire una presunzione di vita per l'acquisto dei dritti, il quale presuppone l'esistenza di chi li acquisti, significa ammettere la possibilità che si devolvano a persona non più esistente, contro il principio fondamentale della capacità. D'altra parte, ci sembra eccessivo escludere l'acquisto dei dritti in quel periodo, perché si potrebbe cadere nel vizio opposto di negarlo a una persona esistente. Onde stimiamo più logico che sia escogitato un trattamento giuridico corrispondente allo stato d'incertezza creato dalla sparizione, che, secondo noi, dovrebbe consistere in una forma di conservazione dei dritti, equamente disciplinata, fino a che o si accerti l'esistenza o la morte o finchè passi in giudicato la dichiarazione di morte della persona scomparsa. La nostra proposta non solo rifugge dal pericolo di attribuire un dritto a un subbietto inesistente, o negarlo a un subbietto esistente, ma è conforme, sotto l'aspetto logico e giuridico, allo stato d'incertezza sull'esistenza o sulla inesistenza della personalità umana. E gli stessi legislatori, anche in tema di presunzioni di legittimità e di concepimento, nel periodo anteriore alla nascita, non prescindono mai dall'esistenza reale, effettiva, della persona umana: se questa non nasca viva o vitale, secondo i vari sistemi di legislazione, l'acquisto di essi non è mai possibile. Ci pare irrazionale tanto la dottrina che fonda una presunzione incompatibile col principio fondamentale dell'acquisto dei dritti, che richiede l'esistenza reale del subbietto dei dritti, quanto la dottrina opposta, che, nell'incertezza della prova di questa esistenza, la quale è pur essa possibile o probabile, le nega recisamente ogni dritto che le si devolva. Entrambe sono assolute; entrambe hanno un vizio fondamentale logico e giuridico: alla semplice possibilità o probabilità dell'esistenza o dell'inesistenza di un subbietto di dritto attribuiscono o negano la devoluzione di dritti certi.

Digitized by Google

Capo XII.

Presunzioni che si riferiscono alla fine della personalità fisica.

70. Storia legislativa. — 71. Dritto preesistente al codice germanico. — 72. Dritto comune. — 73. Teorie. — 74. Critica. — 75. Questioni controverse. — 76. Comparazione del sistema tedesco colle legislazioni che ammettono l'istituto dell'assenza — 77. Vera teoria sulla fine presuntiva del subbietto umano nella legislazione francese e italiana. — 78. Legislazioni moderne. — 79. Gradazioni teoriche in Francia e in Italia sulla presunzione.

70. Dalle presunzioni che accompagnano l'esistenza dei subbietti di dritto giova passare a quelle che si riferiscono alla loro fine. La cessazione della persona umana, naturalmente, non ha luogo che colla morte. Ma i legislatori hanno creato, in varie epoche, altre forme arteficiali o presunte di fine della personalità umana. Il codice francese ha conservato, fino alla legge del 31 maggio 1854, la morte civile (art. 718 e 719); il codice delle due Sicilie, la privazione dei diritti civili, che apriva la successione, in conseguenza della pena degli ergastoli (art. 638 e 639 LL. CC. Ab. e 16 cod. pen.); il codice parmense aveva la morte civile (art. 864), che fu mantenuta anche nel codice estense (art. 28, 30, 907); e il codice austriaco (art. 24) e il codice germanico (dal § 13 al 20) hanno l'istituto della morte presunta; e tutti gli altri codici, compresi anche quelli che ammettevano la morte civile, l'istituto dell'assenza. Abolita la morte civile, le legislazioni vigenti, in generale, seguono due sistemi fondamentali: la dichiarazione di morte, fondata sulla presunzione di morte della persona scomparsa, e il sistema dell'assenza; e in questo alcune, come la spagnuola (art. 191), ammettono esplicitamente la presunzione di morte, la quale in altre è controversa.

71. Nel dritto romano vigeva la *regula iuris* che la morte si dovesse provare, come ogni altro fatto dal quale scaturisse la esistenza o la estinzione di rapporti giuridici (1), talchè non esisteva una presunzione legale di morte, come norma positiva, in date circostanze, atta a dispensare dalla prova chi allegava la morte di una

(1) Nov. 117, c. II.

Digitized by Google

persona a fondamento di un suo dritto. L' istituto della presunzione di morte si svolse in via consuetudinaria, e, nel dritto canonico, sull' autorità del salmo XC, v. 10: la nostra vita dura 70, o tutto al più, 80 anni (1). Nell' antico dritto francese si presumeva la morte dopo 100 anni dalla nascita dell' assente, in base alla probabilità della durata della vita umana. Nel dritto comune degli altri Stati europei (2), specialmente nel dritto germanico, la presunzione di morte si ammetteva dopo trascorsi 70 anni dalla nascita dell' assente, e se questi era già settuagenario quando scomparve, la sua morte si presumeva cinque anni dopo la sua scomparsa (3). Il codice prussiano ammetteva anche la dichiarazione giudiziaria di morte nel solo caso in cui non fossero ancora decorsi 70 anni dalla nascita dell' assente, dopo il qual termine la dichiarazione si rendeva superflua (II, 18, § 835, e I, 1, § 38).

72. Nel campo del dritto comune le opinioni erano incerte sulla durata dell' assenza, che fondava la presunzione di morte: una riteneva bastassero 20 anni d' assenza dalla patria, senza che, per ricerche fatte, l' assente si fosse potuto rinvenire; un' altra, che si richiedessero 70 anni dalla nascita, per argomento dalla L. 68, dig. XXXV, 2; una terza, che ne occorressero 100; una quarta, non ammetteva alcuna regola fissa, e si regolava secondo le speciali circostanze del caso: a questa si attiene il Richeri.

La presunzione di morte colla sua conseguente dichiarazione giudiziale non è un istituto interamente nuovo nel dritto comune italiano. Le leggi toscane presumevano la morte dell' assente dopo un lunghissimo spazio di tempo, e se questo era meno di 100 anni, richiedevano il concorso di tali circostanze da escludere ogni probabilità della vita (4). Di regola, l' assente si presumeva morto dopo

(1) Lauterbach, V, 3, § 24; — Vangerow, *Pand.*, § 38; — Leyser, *spec.*, 96; — Glück, vol. VII, § 562, e v. XXXIII, § 1397; — Hofacker, vol. II, § 1682; — Savigny, *Sist.*, lib. II, § LXIII; — Arndts-Serafini, vol. I, § 26; e sopratutto il Bruns nella sua celebre monografia inserita nell' *Annuario del dritto comune* del Bekker, I, 5, pag. 90-201; — Steinberger, *Diz. giur.*, XII, pag. 693-712.

(2) Savigny, *Sistema*, § 63; — Vangerow, *Pandette*, § 38; — Windscheid, § 53; — Baron, *Pandette*, § 19; — Glück, vol. XXXIII, § 1397.

(3) Vedi sul proposto il Puchta, § 116, e il Bruns, pag. 186-201; — Serafini in nota all' Arndts, vol. I, § 21, n. 1.

(4) *Tesoro del For. Tosc.*, X. de. 7, n. 1, 2, 3; — idem, tit. XXIX, dec. 16, n. 9, 10, e tit. XLI, dec. 45, n. 1.

Digitized by Google

25 anni di assenza; e la presunzione che la vita umana durasse 100 anni aveva luogo solo quando si voleva portare la vita dell'assente al di là di questo termine (1). Per la presunzione di morte nel dritto comune, nelle sue varie determinazioni, sono notevoli le trattazioni del Menochius (2), del Mantica (3), del Vivius (4), del Richeri (5).

Nella giurisprudenza piemontese anteriore alla codificazione albertina, in mancanza di norme positive sull'assenza, si ammise la presunzione di morte pei militari scomparsi nelle guerre di Russia.

Del pari in Francia furono emanate leggi in occasione delle guerre napoleoniche e della guerra colla Prussia per provvedere allo stato civile dei militari scomparsi. Pel periodo delle guerre napoleoniche furono emanate le leggi 11 ventoso e 16 fruttidoro dell'anno II, 21 dicembre 1814 e 6 brumale, anno V, la quale ultima cessò di aver vigore dal 14 marzo 1816. Venne poi la legge 13 gennaio 1817, che regolava lo stato civile degli scomparsi negli avvenimenti di guerra dall'aprile 1792 alla pace del 20 novembre 1815; e fu richiamata in vigore colla legge 9 agosto 1871 pei militari e i cittadini irreperibili in seguito alla guerra 1870-71. Ma queste leggi in verità non contengono una vera presunzione di morte, non fecero che abbreviare e agevolare la dichiarazione di assenza e la prova del decesso.

In Italia, per gli scomparsi nella campagna d'Africa, l'on. ministro Gianturco presentò alla Camera dei deputati, nella tornata 2 dicembre 1897, un disegno di legge (6), nel quale ammetteva la presunzione di morte colla conseguente dichiarazione (art. 1.° del progetto), e disciplinava l'istituto in conformità alla più esatta teoria sull'argomento, sempre però limitatamente a quelli. E la presunzione era già stata ammessa con una precedente legge speciale, ma pei soli fini delle pensioni, stabilendosi che gli ufficiali e militari di truppa, impiegati civili e operai in servizio nella colonia eritrea, dei quali, dopo scorsi due mesi da un fatto d'armi, non si abbiano

---

(1) *Foro Tosc.*, t. XIX, dec. 16, n. 2; — *Legge*, vol. XIV, 529, Cass. di Firenze 5 marzo 1874.

(2) *De praesumpt.*, IV, pag. 5, n. 2.

(3) *De coniecturis ultimarum voluntatum*, lib. XI, tit. IV, n. 5.

(4) *Communes opiniones doctorum*, 1042, n. 1.

(5) *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, § 1860-1864, lib. I, tit. 19.

(6) *Atti parlam.*, Legislat. XX, 1.ª sess., 1897.

Digitized by Google

più notizie, sono considerati come morti in combattimento. Nessun' altra disciplina dell' istituto è contenuta in quella legge. Il disegno di legge, invece, presentato dall' on. Guardasigilli Gianturco era ampio e codificava esaurientemente i maggiori postulati della teoria e rifuggiva dagli errori del dritto comune e delle leggi tedesche (1). Fu anche approvato, quasi integralmente, dalla Camera; ma, chiusa la sessione parlamentare, esso cadde, nè più è stato riproposto. Tale purtroppo è in Italia la sorte dei migliori progetti di legge.

73. Profondi dissensi sono esistiti nel campo del dritto comune e delle legislazioni intorno alle determinazioni e alla disciplina dell' istituto. Sopra un punto però si è di accordo: sulla natura giuridica della presunzione, cioè di una *praesumptio iuris tantum*. Nè potrebbe essere diversamente, perchè, trattandosi di presumere un fatto naturale, questo può o non sussistere o sussistere in tempo diverso, e la prova non potrebbe ragionevolmente escludersi: la evidenza e la certezza della realtà contraria alla presunzione non può non distruggerla. Uno dei più gravi dissensi riguarda il tempo dal quale debba incominciare ad avere effetto giuridico la presunzione; e all' uopo si contendono il campo tre sistemi: *a)* quello che la fa valere dal momento della scomparsa o delle ultime notizie; *b)* quello che l' ammette dal momento in cui si riconosca essersi avverati gli estremi pel conseguimento della dichiarazione di morte, e che autorizzavano il magistrato a pronunciarla; *c)* quello che le dà efficacia dal giorno in cui la dichiarazione di morte sia pronunciata dal magistrato o passi in giudicato. Il primo sistema prevalse nel primo periodo della vita dell' istituto; imperò nel dritto tedesco più antico; passò nel dritto francese, e nel dritto austriaco del XIII e XIV secolo; e con esso ebbe vita una *successio ex tunc*, ammettendosi poi che i presunti eredi dovessero prestare cauzione nel caso che lo scomparso ritornasse entro 30 anni (2). Più tardi sorsero i due altri sistemi: per l' uno la pronuncia del magistrato era meramente *declaratoria*, per l' altro *constitutiva* (3). Il primo di questi due sistemi è preferito dalla più autorevole dottrina (4), ed

(1) Vedi i miei *Principî direttivi comparati del cod. civ. germanico*, cap. II, n. 9.

(2) Unger, *Sistema*, vol. II, capo IX, § 26, n. 27.

(3) Unger, loc. cit.; — Vangerow, *Pandette*, 6ª ed., § 33; — Savigny, op. cit., § LXIII; — di nuovo Vangerow, 7ª ed.; — Arndts-Serafini, vol. I, § 26.

(4) Savigny, loc. cit.; — Unger, op. cit., vol. I, cap. IV.

Digitized by Google

é stato accolto dal legislatore germanico (§ 18), stabilendo che la dichiarazione di morte fonda la presunzione che lo scomparso sia morto nel momento fissato nella sentenza che pronunzia la dichiarazione. Questo sistema aveva seguito il citato progetto di legge italiano (art. 7). E stato del pari seguito dal codice di Zurigo (art. 15) e dal codice argentino (art. 117). Il secondo sistema è seguito, invece, dal codice austriaco (§ 278), che in questo punto è fatto segno a critiche vivaci, dal codice pel cantone dei Grigioni (art. 13). Il paragrafo 278 del codice austriaco infatti dispone: il giorno in cui la dichiarazione passa in giudicato di considera di dritto come il giorno della morte dell' assente.

74. Il sistema austriaco contraddice al principio generale di dritto, che la sentenza del giudice debba dichiarare l' avvenimento di un fatto o un rapporto di dritto, e fa dipendere da circostanze accidentali ed estranee all' avvenimento o al rapporto, che s' intende dichiarare, la determinazione del tempo dell' avvenimento o del rapporto medesimo. Stabilite determinate circostanze e presupposizioni di fatto, nel concorso delle quali debba presumersi la morte di una persona scomparsa, al magistrato non dovrebbe essere riservato altro compito che quello di dichiarare la presunzione e renderla operativa fin dal momento in cui si avverarono gli estremi giuridici di essa. Questo sistema sostituisce alla presunzione dell' epoca del decesso l' arbitrio o un complesso di circostanze estranee alla presunzione, con grave danno degli aventi dritto e dei terzi nel tempo intermedio, fino a che a un interessato piaccia istituire il procedimento di dichiarazione, o fino a che questo sia definito con giudicato: il che può dipendere da tante contingenze di fatto. E il danno tanto è più evidente, in quanto il codice austriaco ammette la presunzione di vita fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di dichiarazione (§§ 24 e 278).

75. Si è anche agitata nel dritto comune vivamente un' altra controversia: se la presunzione dovesse essere operativa soltanto rispetto al patrimonio dello scomparso, ovvero estendersi ai vincoli personali, fino a sciogliere il matrimonio. Il legislatore austriaco, preoccupato della gravità delle conseguenze riguardo al vincolo matrimoniale, ordinò più rigorose cautele per la dichiarazione che si promovesse dal coniuge superstite collo scopo di far dichiarare sciolto il suo matrimonio colla persona scomparsa, richiedendo la così detta *solenne dichiarazione* di morte da parte del tribunale supremo (dal § 111 al 114). Questa limitazione non è ammessa

Digitized by Google

dal codice tedesco (§ 1348): il coniuge superstite può contrarre un secondo matrimonio. Anzi il codice tedesco non ammette neppure la nullità *de iure* del secondo matrimonio, ove si scopra che quando fu contratto, il coniuge scomparso era vivente, tranne nel caso che i novelli coniugi entrambi sapessero della sua esistenza nell'atto della celebrazione. Il progetto italiano del 1897 del pari non ammetteva la limitazione del codice austriaco.

Questa presunzione, nel dritto germanico e nell'austriaco, opera come la morte naturale, sia in rapporto alle persone, e nell'austriaco quando sia solenne, e sia in rapporto ai beni.

76. Diverso completamente è l'istituto dell'assenza nelle legislazioni a tipo francese. Esso è il più infelice istituto che i legislatori abbiano costruito: eccessivamente lungo, irto di difficoltà e avvolto in un formalismo interminabile, crea uno stato giuridico d'incertezza e di dubbio, che dura a tempo indefinito: la sola immissione nel possesso definitivo può aver luogo dopo 30 anni dall'immissione nel possesso temporaneo, o dopo un secolo dalla nascita dell'assente. E, quello ch'è più grave, non è efficace rispetto alle relazioni personali, non iscioglie il matrimonio, essendo limitato strettamente ai soli beni.

È controverso se l'assenza, nel suo ultimo stadio, fondi una presunzione di morte. La dottrina è qui divisa in due opinioni opposte: una nega in modo assoluto qualunque presunzione di morte, per quanto prolungata sia l'assenza (1); un'altra ritiene che nel secondo periodo, e specialmente all'epoca della immissione nel possesso definitivo, si abbia una presunzione di morte, e però si faccia luogo all'apertura della successione dell'assente (2). In Italia, ammettono una presunzione di morte, come fondamento dell'immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, il Pacifici-Mazzoni (3), sebbene si contraddica nel suo trattato delle successioni (4), affermando che il possesso definitivo non si tramuta mai in devoluzione di eredità, il Tartufari (5), il Chi-

(1) Arntz, II, n. 1253; Laurent, vol. II, n. 122, e vol. VIII, n. 511; — Demolombe, tom. XIII, n. 90.

(2) Toullier, I, n. 446, 447; — Duranton, I, n. 500; — Zachariae, I, § 157, a; — Aubry e Rau, I, § 157; — Stabel, *Inst.*, § 18.

(3) *Ist.*, II, n. 81.

(4) *Succ.*, I, pag. 44.

(5) *Del possesso qual titolo dei dritti*, vol. I, pag. 233-263.

Digitized by Google

roni (1); e la negano il Ricci (2), il Bianchi, il Filomusi-Guelfi, il Gianturco (3). È notevole in proposito quello che scrive il Vigliani nella sua relazione: « nel terzo periodo la legge dispera dell'esistenza dell'assente, la ritiene inverosimile nell'ordine naturale, e ne apre perciò in certo modo la successione, concedendo il possesso definitivo dei suoi beni a coloro che sarebbero chiamati a raccoglierli nel caso di morte » (4).

Fra le legislazioni che accolgono l'istituto dell'assenza, la spagnuola ammette la presunzione di morte dell'assente dopo 30 anni dalla sua disparizione o dalle ultime sue notizie, o dopo 80 anni dalla nascita di lui: la presunzione si dichiara giudizialmente su domanda degl'interessati, e la sua dichiarazione dà luogo all'apertura della successione (art. 191).

77. Quale opinione si presenta più esatta nella legislazione francese e italiana? Crediamo che le due teorie opposte non siano conformi alla volontà legislativa. Il legislatore non ha costruita una vera presunzione di morte, nè ha escluso la presupposizione che l'assente sia da ritenersi morto: ha continuato un periodo d'incertezza, nel quale or predomina la considerazione della maggiore probabilità della vita, e ora quella della maggiore probabilità del decesso. Non si tratta di presunzione vera e propria, ma di una considerazione di probabilità che l'assente sia piuttosto in vita, che in morte, o piuttosto estinto, che in vita: nel periodo dell'immissione nel possesso definitivo, la probabilità della morte è riguardata come giunta al massimo grado, e, conseguentemente, il legislatore adotta tutti quei provvedimenti di carattere definitivo che si leggono disciplinati nei codici. Infatti nel titolo delle successioni il codice non determina l'assenza, anche nel periodo dell'immissione nel possesso definitivo, come causa che apre la successione.

78. Il codice di Zurigo ha un istituto misto fra l'assenza e la dichiarazione di morte. Pei fini delle presunzioni, possiamo dividere il tempo contemplato in quell'istituto misto in tre periodi: 1.° presunzione di vita, 2.° presunzione di scomparsa dell'assente,

---

(1) *Ist.*, I, § 26.

(2) *Dritto civile*, vol. I, pag. 29 e seg.; — Bianchi, vol. IV, pag. 924, 929.

(3) *Succ.*, (*Dritto civ. It.*) *Dig. It.*, vol. XXII, parte 3ª; — Gianturco, *Ist. di dr. civ.*, § 10.

(4) Relazione della Comm. Senat., n. 25.

Digitized by Google

3.° presunzione di morte e conseguente sua dichiarazione. La presunzione di vita rientra nei 15 anni dal giorno in cui rimontano le ultime notizie positive che si abbiano dell'esistenza dell'assente (art. 11). Nel secondo periodo la presunzione di vita cede di fronte alla probabilità della morte, e le si sostituisce la presunzione della scomparsa. Questa si ha quando sia senza dubbio impossibile provare il decesso, ma esista la verosimiglianza e la probabilità del decesso, e possa dedursi giudizialmente dalle circostanze, o quando l'assente, se vivesse, avrebbe sorpassato gli 80 anni, o dopo i 15 anni dalle ultime notizie (art. 12 e 13); e nei primi due casi, anche senza attendere il periodo dei 15 anni. Nel terzo periodo viene la presunzione di morte. Cessata la presunzione di vita, secondo le norme degli art. 12 e 13, e dopo il decorrimento de' 15 anni senza che si sia avuta alcuna notizia sicúra sulla vita dello scomparso, sorge la presunzione di morte, e i tribunali, sulla domanda degl'interessati, ne pronunceranno la dichiarazione, nella quale indicheranno con precisione (art. 14 e 15) il giorno a partire dal quale lo scomparso si debba presumere morto. Nel primo periodo spetta all'autorità tutoria la conservazione dei dritti devolventisi all'assente (art. 911), nel secondo, i più prossimi eredi hanno dritto al godimento dei suoi beni sotto la vigilanza e le cautele dell'autorità tutoria (art. 912). La dichiarazione di morte in fine, ch'è fatta dal tribunale superiore, apre la successione e produce gli effetti della morte naturale (art. 917).

Nell'impero delle Russie, ove tuttora vige, a canto della morte naturale, la morte civile e politica, che apre la successione, come per l'entrata negli ordini monastici (Cod. p. r. 30, 32; L. polacca 23 Giugno 1825, art. 21; Svod, 1222, 1223; Cod. Bal. 2581), e la legislazione è diversa a seconda che si tratti della Russia propriamente detta, o delle provincie polacche o di quelle baltiche, esiste l'istituto della dichiarazione di morte dell'assente, come nei codici tedeschi, nel codice per le provincie baltiche; nella Polonia vige, invece, l'istituto francese dell'assenza, e nelle altre regioni dell'impero non vi sono regole certe codificate, ma consuetudini. Nelle provincie baltiche si ammette la dichiarazione di morte, a norma del Salmo XC, v. 10, dopo 70 anni dalla nascita e 5 anni dopo le ultime notizie (Cod. Bal. 516, 528). Essa produce i medesimi effetti della morte naturale (Cod. Bal. 2582, 2883).

Il codice civile del Canton dei Grigioni ammette la presunzione di vita fino alla dichiarazione giudiziale della presunzione di morte

Digitized by Google

(art. 7). Questa può aver luogo: 1.° quando sieno trascorsi 80 anni dalla nascita dell'assente, se s'ignori il luogo della sua residenza, e se dopo 15 anni non si sieno avute notizie sulla sua esistenza; 2.° quando s'ignori il luogo della residenza dell'assente e, dopo 30 anni almeno, non si sieno avute nuove di lui, o se, anche questa ignoranza duri solamente 15 anni, quando si possa argomentare e conchiudere dalle circostanze ch'esista una estrema probabilità della sua morte (art. 8). La dichiarazione può essere provocata da chiunque vi abbia interesse (art. 10), si pronunzia dal tribunale del luogo di origine, va pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* (art. 9 e 12), e il giorno della sua pronunzia è riputato il giorno della morte presunta (art. 13). Il codice del Canton Ticino ammette esplicitamente la presunzione di morte nello stadio della immissione nel possesso definitivo (art. 41).

79. In Francia e in Italia, però, tutti coloro che ammettono la presunzione non sono di accordo fra loro. E all'uopo possiamo constatare le seguenti gradazioni teoriche: *a*) una teoria ritiene che, dichiarata l'assenza, la persona scomparsa si debba riputare morta fin dal giorno in cui scomparve, o dal giorno delle ultime notizie sulla sua esistenza (1); *b*) una seconda teoria ammette che la presunzione non si verifichi che nello stadio del possesso definitivo dei beni dell'assente, e più specialmente trascorsi 100 anni dalla nascita di lui, facendo però risalire la presunzione al giorno della scomparsa o delle ultime notizie (2); *c*) una terza dottrina non riconosce alcuna presunzione nè di vita nè di morte, ma una semplice supposizione or di vita e or di morte, a seconda che si tratti della presunzione o della dichiarazione di assenza: l'idea della vita prevale durante il primo periodo, e nel secondo, la supposizione di morte (3); *d*) un'altra teoria accetta il concetto della maggiore o minore prevalenza della presunzione di vita o di morte, secondo il periodo dell'assenza: nel periodo dell'assenza presunta prevarrebbe la presunzione della vita su quella della morte; nel primo periodo dell'assenza dichiarata le due presunzioni si equilibrano, e nel secondo prevale quella della morte sulla presunzione di vita; e la presunzione di morte sarebbe il fondamento dei

(1) Proudhon, *Trai. sur l'état des personnes.*; I, pag. 277; — Delvincourt, t. I, nn. 380, 389 e 484.

(2) Merlin, *Que.* v. *abs.*, § 3; — Ledru-Rollin, *Rep.* v. *abs.*

(3) Marcadè, art. 123, 124, t. I, nn. 367, 403.

Digitized by Google

provvedimenti ordinati nell' ultimo stadio dell' assenza, nel periodo della immissione nel possesso definitivo (1).

Il Bianchi, negando ogni concetto di vera presunzione, riconosce che si tratti di una maggiore o minore probabilità dell'esistenza o dell' inesistenza dell' assente, a seconda gli stadi dell' assenza (2).

L' istituto dell' assenza inoltre si ravvisa insufficiente a provvedere nei casi d' infortuni, disastri, naufragi, incendi, ruine, guerre, esplorazioni, nei quali, pur essendo evidente o certa la morte, che non si può constatare materialmente secondo le regole dello stato civile, occorre istituire il lungo e disagevole procedimento dell' assenza, e limitatamente ai rapporti patrimoniali.

Capo XIII.

« Jus commorientium ».

80. Disciplina dell' istituto nel codice tedesco. — 81. Dritto romano — 82. Questioni controverse in dritto romano — Critica — 83. Dritto comune — 84. Dritto francese.

80. La necessità di regolare questo istituto ha indotto i legislatori a costruirlo, principalmente, a base di presunzioni, per risolvere il dubbio sulla priorità della morte di più persone estinte in un comune pericolo o avvenimento, che avrebbero potuto succedere l' una all' altra. E il codice tedesco l' ha, come han fatto tutti gli altri legislatori, regolato secondo il sistema delle presunzioni. Esso però ha seguito un metodo più razionale, disciplinando l' istituto nella parte generale e abolendo tutta la serie delle distinzioni che si leggono nel codice francese, nel dritto romano e nel dritto comune. Una sola presunzione ammette: se più persone sieno morte in un comune pericolo, quando non si possa provare chi di esse sia morta prima, si presumono perite nel medesimo momento (§ 20). Dal che deriva la conseguenza, che non sussista alcuna trasmissione di dritto dall' una all' altra, se fra loro poteva esservi un rapporto di successione.

(1) Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. II, n. 62; — Chironi, *Ist.*, vol. I, § 26; — Zachariae, Aubry et Rau, t. I, § 148, n. 3; — Dalloz, v. *abs.*, n. 426; — Borsari, *Comm.*, vol. 1, § 145.

(2) Op. cit., n. 134, vol. IV, 2ª ed.

Digitized by Google

81. Nel dritto romano la dottrina presenta qualche incertezza, la quale diventa maggiore nel dritto comune anteriore alla codificazione. Il dritto romano aveva all' uopo tre presunzioni, disciplinate dalle LL. 9, pr. § 3, 16, 17, 18 dig. *de rebus dubiis* (XXXIV, 5), e le relative eccezioni governate dalle LL. 9 § 2, *de rebus dubiis* e 17 § 7 *ad SC. Treb.* (XXVI, 1) a favore del patronato e del fedecommesso. L' opinione dominante ammette una presunzione generale: nel dubbio quale di due o più persone sia morta prima, si debba provare la priorità della morte dell' una o dell' altra, e se questa prova sia impossibile, si debba presumere che sieno decedute nel medesimo istante (1). Se però dei commorientes, l' uno sia discendente dell' altro, bisogna distinguere il caso in cui il discendente sia pubere dal caso in cui sia impubere. Così Marciano: ... *In quibus casibus si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse* » (L. 18 pr. *de rebus dubiis*); e Trifonino: « *Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur* » (L. 9, § 4 *de rebus dubiis*). Onde la prima ipotesi dava luogo alla seconda presunzione speciale, e l' altra, alla terza.

Ma queste due presunzioni non erano senza eccezioni: non ricorrevano nè nella successione del liberto, nè in tema di fedecommesso (L. 9, § 2 cod. e L. 17 ad SC. Treb.). I commentatori fondano la prima di queste due presunzioni sulla considerazione dell' ordine naturale della mortalità, la ritengono cioè *secundum ordinem mortalitatis*, e la seconda sulla considerazione che l' *impubes est corporis viribus et iudicio inferior quam parentes* (2).

---

(1) Savigny, II, § 63; — Thibaut, § 122; — Sintenis, I, § 13; — Merkel, *diz. giur.*, XI, 422; — Vangerow, I, § 33, pag. 2; — Windscheid, I, § 53; — Dernburg, *Pandette*, I, § 50; — Baron, § 21; — De Crescenzio, *Sistema*, I, § 15; — Arndts, *Pand.*, § 27; — Gaedeke, *de iure commorientium*; — Mühlenbruch, *Archiv. civ.*, IV, 301; — Böccking, § 32; — Wächter, § 42; — Mackeldey, § 141; — Puchta, § 115; — Keller, § 20; — Schilling, II, § 25; — Kierulff, § 89; — Filomusi-Guelfi, *Succ.*, *Dig. It.*, vol. XXII, parte 3ª.

(2) Voet, *Comm.*, 34, 5, n. 3; — Donello, L. XI, t. 1, *de reb. dub.*, L. 9, § 1, n. 6 e seg.

Digitized by Google

Gravi dissensi sull' interpretazione e sulla sfera di applicabilità delle due presunzioni sono sorti fra i romanisti. La teoria prevalente le limita all' ipotesi in cui la morte sia avvenuta contemporaneamente, in un comune infortunio, come in caso di naufragio, incendio, guerra, disastro (1). Un' altra teoria le estende a tutt' i casi (2), argomentando dalla L. 11 pr. dig. de b. p. sec. tab (XXXVII, 11) e propriamente dalle parole *duobus pereque defunctis*. Un' altra teoria, più larga, è sostenuta dal Mühlenbruch, la quale estende la duplice presunzione anche quando le persone, su cui sorga il dubbio della priorità della morte, non sieno discendenti l' una dall' altra (3). E il Thibaut nella 6.ª edizione § 211 aveva sostenuto che si dovesse presumere la morte dei più anziani di età, argomentandolo dalla L. 15 pr. dig. de inoff. test (V, 2). Ma queste due ultime opinioni non hanno avuto seguaci, massime la seconda, abbandonata dallo stesso autore nell' 8.ª edizione pag. 122, n. 2 (4).

82. Sulla interpretazione della L. 9 pr. dig. de reb. dub. si riscontri il Donello (5), l' Averanio (6), il Wächter (7), il Des Retes (8), il Faber (9), il Noodt (10), il Glück (11), lo Sculting (12), il d' Arnaud (13), l' Otto (14), il Voorst (15).

---

(1) Savigny, *Sistema*, II, § 63; — Thibaut, § 122; — Sintenis, I, pag. 95, n. 11; — Merkel, *diz. giur.* XI, pag. 423; — Vangerow, I; § 33, ann. 2; — Windscheid, § 53; — Baron, § 21; — Dernburg, *Pand.*, I, § 50; — De Crescenzio, *Ist.* I, § 15.

(2) Arndts-Serafini, § 27, n. 1; — Kierulf, I, pag. 92; — Böcking, § 32, n. 11; — Mühlenbruch, *doctr. Pand.*, § 186 e *Archiv. civ.* IV, 27.

(3) Mühlenbruch, *doctr. Pand.*, § 186 e *Arch.* IV, 27.

(4) Vedi anche Arndts-Serafini, vol. I, § 27, n. 2.

(5) *Opusc.*, XI, 38.

(6) *Interpr.*, V, 31, n. 3.

(7) *Opusc.*, pag. 330.

(8) *Opuscula*, (*Meermon thes* VI), citato anche dal Serafini.

(9) *Coniect.*, XIII, c. 14, c. 1.

(10) *Probabil.* III, c. 10.

(11) t. XL, 463.

(12) t. V, 468.

(13) *Var. coniect.*, II, 11, pag. 298.

(14) *Thes*, II, 289, IV, 740.

(15) *Dissert. iur, quod oritar ex commorientibus* (*Nov. Thes. Oelrichs*, t. 2, pag. 371).

Digitized by Google

È anche notevole in dritto romano che le donazioni *mortis caussa* e quelle *inter virum et uxorem* divengono irrevocabili anche quando il donante e il donatario muoiono ad un tempo, come si deduce dalle LL. 26 dig. *de m. caus. donat.*, 8 dig. *de rebus dub.*, e 32, § 14 dig. *de don. int. vir. et ux.*; e la L. 32 trae questo concetto dal testo stesso dell' orazione di Antonino.

Non possiamo accogliere l'opinione dominante dei romanisti intorno alla limitazione della duplice presunzione dei discendenti. Non vi sarebbe alcuna ragione per escluderle dagli altri casi: il fondamento è unico, perchè si ritiene che il pubere abbia maggior forza di resistenza del più vecchio, e che l' impubere ne abbia una minore a causa della tenera età. Ammessa la ragione fondamentale della doppia presunzione, non ci pare razionale la limitazione escogitata dalla dottrina dominante. E questa ragione, messa in evidenza dal Voet e dal Donello, potrebbe giustificare anche l' opinione del Mühlenbruch, che estende la presunzione anche nel caso della commorienza dei non discendenti, ma i testi del dritto romano non confortano siffatta opinione, la quale non ha trovato più sostenitori.

Il sistema del dritto romano non si presenta razionale nelle due presunzioni speciali sulla commorienza dei discendenti. Le ragioni addotte dal Voet e dal Donello non sono sufficienti a legittimare l' arbitrio della costruzione. L' esistenza di qualche probabilità in più per la premorienza del più vecchio e del fanciullo non è talmente importante d' autorizzare la creazione di una *praesumptio* anche *iuris tantum*. Le probabilità aumentano o diminuiscono a seconda l' età, la resistenza fisica, l' abilità e il grado di prudenza o di sveltezza, e a seconda di tante e tante circostanze variabili da caso a caso, ch' è impossibile determinare *a priori*. Non v' ha che uno stato d' incertezza, nel quale una maggiore o minore probabilità o anche una semplice possibilità della priorità della morte del più vecchio o del più giovane, dipendono da un complesso di contingenze speciali variabili da caso a caso, e non possono dare logico e giuridico fondamento a una costruzione probatoria che si concreti in una *praesumptio iuris*.

83. Una grande incertezza sulle determinazioni di questo istituto regna nel dritto comune anteriore alla codificazione. Non esistevano regole o consuetudini fisse e determinate, nè obbligatorie pei magistrati: molto si lasciava all' apprezzamento delle circostanze di fatto nei singoli casi, e i giudici si regolavano e decidevano se-

Digitized by Google

condo queste (1). Sembra però che si adottavano le presunzioni del dritto romano riguardo alla commorienza dei discendenti, ma sotto certi limiti, nè in tutt' i casi o da tutte le magistrature (2).

Nel dritto germanico, la maggior parte delle legislazioni non avevano norme precise nei casi di commorienza, senza che si potesse accertare la proprietà della morte. Ve n' erano però nelle legislazioni svedesi, e specialmente nella legge vestrogotica. Secondo questa legge, se due persone, inferme nella stessa casa, vi morivano, in modo che l' una non sopravvivesse di tanto all' altra da ricevere la comunione; o se due persone, essendo in diversi luoghi, morivano nello stesso giorno, o se, essendosi recate ad un luogo di ritrovo, vi morivano, o soccombevano insieme in un incendio avvenuto in una medesima casa, o in un medesimo naufragio; si presumeva che entrambe fossero morte nello stesso momento, e si escludeva ogni trasmissione di dritti dall' una all' altra. La stessa presunzione vigeva quando due persone, separatesi, e l' una rimanendo a casa e l' altra allontanandosi per un viaggio, venivano a morire senza potersi determinare quale di essa fosse premorta (3). Queste presunzioni vennero poi ammesse nella maggior parte delle leggi provinciali svedesi (4); e la legge di Upland ammetteva, quando s' ignorasse di due persone morte quale fosse deceduta prima, la famosa regola: *paterna paternis*, *materna maternis* (5).

84. Il codice francese organizzò pel primo l' istituto dei *commorientes* con un sistema tutto speciale di presunzioni, le quali però non sono risultate sufficienti nella moltiplicità dei casi concreti (art. 720, 721 e 722). Il primo: « Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l' une de l' autre, périssent dans une même événement, sans qu' on puisse reconnaître la quelle est décédé la premiéré, la présumption de survie est determinée

---

(1) Toullier, IV, 76; — Demolombe, XIII, n. 93.

(2) Pothier, *Des Succ.*, chap. III, *sect.* I, §§ 1; — *Introduct. au* tit. XVI *de la cont. d' Orleans*, n. 38; — Lebrun, *des success.*, liv. 1, sect. XIII; — Dupeneau, *Quest. et consult.*, chap. IX, pag. 696; — Duparc-Poullain, *Princ. du droit*, t. IV, pag. 30.

(3) *Westgölolag*, c. a. VII, 13; — Ciccaglione, *Success.* (*dritto interm.*) in *dig. It.*, vol. XXII, parte 3.ª, n. 78.

(4) *Sodermannalag. Af. bolk*, 6; — *Helsingelag, Af. bolk.* 13; — *Ostgötalag, Af. bolk*, 6.

(5) *Uplandslag, Af. bolk*, 17; — Ciccaglione, loc. cit.

Digitized by Google

par les circonstances du fait, et à leur défaut par la force de l'âge ou de sexe ».

Questa è la presunzione, diremo così generale, la quale ferma il principio empirico di un apprezzamento di fatto, e, in mancanza, si fonda sul vigore dell'etá o del sesso: occorre però che le due persone decedute sieno chiamate rispettivamente a succedere l'una all'altra. La norma generale è poi più determinata nelle due disposizioni seguenti. Nell'art. 721, il legislatore francese ha fatto tre ipotesi, e a ciascuna di queste corrisponde una presunzione: *a*) « Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu; *b*) s'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu; *c*) Si les uns avaient moins de quinze ans, et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survecu ». Dunque nella prima ipotesi prevale la presunzione di sopravvivenza del maggiore di età, nella seconda, quella del più giovane, e nella terza, anche i più giovani. A queste tre ipotesi si sono aggiunte altre due, alle quali corrispondono altre due presunzioni: 1.° « Si ceux qui ont péri ensemble, avaient quinze accomplis, et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge ou si la différence qui existe, n'excéde pas une année »; 2.° « S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit être admise; ainsi, le plus jeune est présumé avoir survecu au plus âgé ». Nella prima di queste due ipotesi, cioé quando i commorienti avessero più di 15 e non più di 60 anni, se di età eguale o con lieve differenza non eccedente un anno, la presunzione di sopravvivenza è pel maschio; e nella seconda ipotesi, se cioè fossero dello stesso sesso, essa sta pel più giovane.

Infine la legge 20 pratile, anno VI, aveva stabilita quest'altra presunzione: « Lorsque les ascendants, les descendants et autres personnes, qui se succédent de droit, auront été condamnés au dernier supplice, et que, mis à mort dans la même exécution, il devient impossibile de constater leur prédécès, le plus jeune des condamnés sera présumé avoir survécu ».

Digitized by Google

Capo XIV.

Questioni controverse.

85. Applicabilità delle presunzioni alla successione testamentaria — 86. Apprezzamento delle circostanze — 88. Medesimezza di pericolo — 89. Reciprocità nella successione — 90. Applicabilità delle presunzioni ad altre ipotesi.

85. Le presunzioni escogitate dal legislatore francese sono, evidentemente, meno irrazionali, meno arbitrarie, meno incomplete, anche più verosimili, forse, di quelle relative al pubere e all' impubere del dritto romano. Ma esse, malgrado gli splendidi ed eloquenti discorsi del Treilhad, Chabot e Simeon (1), hanno dato luogo a gravissime questioni, non solo di dettaglio, ma fondamentali per l' istituto.

La prima questione fondamentale è sorta sulla loro applicabilità alla successione testamentaria. E la maggioranza degli scrittori francesi è per la risoluzione negativa (2).

Due concetti principali sostengono questa teoria: il codice francese, sotto il titolo delle successioni, si riferisce alle successioni legittime, per le quali furono dettate le presunzioni (3): queste non si fondano sopra una *necessità* scaturente dalla natura delle cose o dai principî di dritto, e non sono estensibili, come presunzioni, ad altri casi pei quali non furono create, tanto più che non ricorrono in tema di donazioni e di testamenti le medesime ragioni che per le trasmissioni successorie legittime: onde le ipotesi di

---

(1) Chabot, t. *premier* pag. 15, art. 720, n. 1; — Simeon, *Discours*, n. 10; — Locré, t. V, pag. 132.

(2) Demante, t. III, n. 22 bis, III; Massé et Vergé sur *Zacha.*, t. II, pag. 237; — Zachariae, I, § 85, n. 4; — Aubry e Rau, I, § 53; — Arntz, II, § 1264; — Laurent, VIII, n. 522; — Duranton, VI, 48 e seg.; — Troplong, *Donat. et test.*, § 2124; — Demolombe, XIII, n. 117; — Marcadé, vol. V, VIII-36; — Merlin, *Rép.* v. *mort.*, chap. 1, § 2, art. 2; — Furgule, chap. VII, nota VI, n. 92; — Rolland de Villargue, v. *Sucess.*, n. 27; — Delvincourt, II, pag. 20.

(3) Fenet, XII, pag. 9; — Marcacé, loc. cit.; — Demolombe, loc. cit.; — Laurent, vol. VIII, 522.

Digitized by Google

trasmissioni testamentarie rimangono soggette al dritto comune. Tale era la dottrina del Pothier; (1) e tale era stata la dottrina del Bartolo (2), e del Cuiacio (3). Una dottrina contraria applica le presunzioni alle donazioni e ai testamenti, ed è sostenuta dal Malleville (4), dal Vazeille (5), dal Toullier (6), dal Malpel (7), dal Belost Jolimont (8), dal Taulier (9), dal Poujol (10) e dallo Chabot.

Questa dottrina si basa sull'estensione del concetto di successione a quella testamentaria e sull'identità dei motivi che per quelle presunzioni ricorrono tanto nell'una che nell'altra specie di trasmissione ereditaria. In verità, per quanto numerosi ed autorevoli sieno i sostenitori della prima teoria, ch'è la dominante anche nella giurisprudenza, a noi sembra più razionale la seconda, perchè, essendo pur vero che, nel sistema del codice francese, il titolo delle successioni, come si espresse il primo console, si applichi alle sole successioni legittime (11), e secondo il dritto consuetudinario francese (12), pel quale « heredes gignuntur, non scribuntur; solus Deus heredem facere potest », sarà sempre innegabile che nelle trasmissioni ereditarie esista una successione nel *ius defuncti*, che i legatari universali del dritto francese non sono in fondo che *successores in universum ius defuncti*, e si debbano considerare, come quella stessa dottrina ammette (13), *loco heredum*; e che, nella, sostanza, la successione testamentaria non cessa di essere una vera

(1) *Des don. et test.*, chap. V, sect. 1, § 1.
(2) Bartolo, sulla L. 16 Dig. *de rebus dubiis.*
(3) Troplong, *don. et test.*, § 2124.
(4) Malleville, sur l'art. 722.
(5) *Succ.*, art. 722, n. 5.
(6) t. IV, 78.
(7) Numeri 14 e 15.
(8) Belost-Yolimont sur *Chabot*, art. 720, n. 7.
(9) t. III, pag. 120.
(10) Poujol, art. 720, n. 11; — Chabot, art. 720, n. 7, § 10.
(11) Fenet, loc. cit.; — Marcadé, *sur art.* 722, n. 8; — Duranton, t. VII, n. 14; — Aubry e Rau, t. V, pag. 425, 426; — Demolombe, XIII, n. 80; — Laurent, VIII, n. 522,
(12) Symachus, *Epist.*, 1, 15; — Glanville, *de legibus. Angliae*, lib. VII, chap. I; — Loysel, *Inst., cout.* liv. II, tit. IV, règles; — Laferrières, *Histoire du droit t.*, II, pag. 88 e 521
(13) Demolombe, XIII, n. 80.

Digitized by Google

successione, sia pure che di successione le manchi il nome (1). E bene a ragione scrisse l'avvocato generale Nicias Gaillard: « sur ce point, les qualifications ont per du beaucoup de leur valeur, et que les chozes ont pris le place des mots » (2). Ora, nell'assenza di una limitazione espressa dal legislatore, non ci pare conforme allo spirito della legislazione francese e alla sostanziale concezione di una *successio in universum ius defuncti* escludere da quella testamentaria le presunzioni dell'istituto della commorienza.

Le due teorie mettono capo alle altre due teorie dell'esclusione e dell'ammissione della successione testamentaria: l'una, quella che nega l'estensione delle presunzioni alle trasmissioni testamentarie è coerente alla dottrina che nega l'esistenza in dritto francese di una successione testamentaria, e l'altra, a quella che l'ammette. Ma, secondo il nostro modo di vedere, pur ammessa la teoria consuetudinaria, le presunzioni sarebbero applicabili.

La questione si ripete a proposito della successione contrattuale, e identiche sono le opinioni fra loro opposte. E unanime però il consenso della dottrina e della giurisprudenza su due punti: che le presunzioni si applichino non solo alla successione regolare, ma alla irregolare, e che, quando sieno applicabili, giovino a tutti quelli che abbiano dritti a far valere nella successione, e conseguentemente, sotto questo aspetto, agli eredi testamentari o ai legatari universali o particolari, creditori o donatari del presunte sopravvissuto (3).

86. Gravi dubbi ancora sono sorti sul modo di apprezzare le circostanze di fatto, alle quali si riporta l'art. 720 (4). E sull'intreccio delle varie ipotesi stabilite negli articoli 721 e 722 si ri-

---

(1) Félix Berriat-Saint-Prix, *Revue crit. de jurispr.*, 1852, pagg. 97 e 167; — Nicias Gaillard, *Revue crit. de jurispr.*, 1852, pag. 452; — Troplong, *Des don. et des test.*

(2) Loc. cit.

(3) Demolombe, XXXIII, nn. 107 e 108; — Toullier, t. III, n. 78; — Duranton, t. V, n. 47; — Marcadé, vol. V, sur l'art. 721; — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n. 403.

(4) Vedi Chabot sur l'art. 721, n. 5; — Vazeille, art. 721, n. 1; — Marcadé, art. 721, n. 4; — Massé et Vergé, t. II, pag. 238; — Demolombe, XIII, n. 99; — Delvincourt, t. II, pag. 2, n. 5; — Toullier, t. II, n. 77; — Duranton t. VI, n. 51; — Demante, t. III, n. 22 bis, VI.

Digitized by Google

scontrino, specialmente, il Delvincourt (1), il Toullier (2), il Duranton (3), il Marcadé (4), il Demante (5), il Demolombe (6).

87. Un' altra grave disputa è sorta nel caso che sia impossibile conoscere l' età dei commorienti e sieno del medesimo sesso, quando cioè manchino i dati, nè sia possibile provarli, per l'applicabilità della presunzione. Una teoria applica senz' altro il dritto comune (7). Un' altra teoria propone che, non potendosi stabilire la presunzione legale di sopravvivenza sulla differenza dell'età e del sesso, occorra attenersi alla considerazione del vigore della complessione, e decidere secondo questa: è sostenuta dallo Chabot (8), dal Toullier (9), dal Delvincourt e dal Duranton (10). Un'altra, pur accedendo alla prima, la modifica, costruendo a sua volta un' altra presunzione: afferma che il più resistente, il più robusto, si reputi sopravvissuto fra persone che han meno di 15 e più di 60 anni, e che, per contrario, si debba presumere deceduto sempre il primo fra persone che sieno fra i 15 e i 60 anni, stabilendo così, in questa ipotesi, la premorienza del più forte (11). Una quarta teoria ricorre al dritto comune, cioè al principio dell'art. 136 (art, 43 cod. it.) (12). Questa ultima presunzione è la più esatta. Le presunzioni non sono applicabili quando mancano i termini o gli estremi giuridici su cui sono costruite; sostituire altri elementi o

---

(1) t. II, pag. 131, n. 1 e 2.
(2) t. III, n. 74.
(3) t. VI, n. 43.
(4) art, 720, n. 2.
(5) t. III, n, 20.
(6) t. XIII, n. 102.
(7) Marcadé, vol. V, IV-28; — Demolombe, XIII, n. 105; — Laurent, VIII, n. 518.
(8) Loc. cit.
(9) t. IV, n. 75.
(10) Duranton, t. VI-52.
(11) Toullier, IV, 75, il quale, applicando la teoria a due gemelli, così si esprime: « Si les deux jumeaux avaient quinze ans et moins di soixante, c' é le plus robuste qui serait présumé avoir péri le premier ».
(12) Marcadé, vol. V-IV-18-29; — Demolombe, t. XIII, n. 105 e n. 115; — Demante, t. III, n. 22 bis, VIII; — Malpel, n. 12, Massé et Vergé sur *Zach.*, t. II, pag. 238; — Duvergier sur *Toullier*, t. III, n. 75; — Laurent, VIII, n. 518.

Digitized by Google

altri estremi significa sostituire l'arbitrio alla legge, l'interpetre al legislatore.

88. Un altro dissidio nella dottrina e nella giurisprudenza francese è sorto sull'applicabilità delle presunzioni, quando i commorienti, chiamati reciprocamente alla successione, l'uno dall'altro, non sieno morti nel medesimo avvenimento, lottando contro il medesimo pericolo, o quando sieno periti di malattia naturale o per cause diverse, senza potersi determinare la priorità della morte. Tre teorie si contendono il campo: *a*) quella che applica le presunzioni scaturenti dal vigore dell'età e del sesso (1); *b*) quella che, stabilendo un'altra presunzione, afferma doversi reputare superstite sempre il più giovane al più avanzato d'età, quando pure sieno di sesso differente (2); *c*) e quella che applica senz'altro il dritto comune, escludendo cioè le presunzioni (3). Le due prime teorie costruiscono ciascuna una presunzione che non si trova nella legge, e riescono arbitrarie. La terza, opinando versarsi in ipotesi diverse da quelle previste colle presunzioni, richiama il principio generale, e si uniforma allo spirito e alla lettera della legge. Ma v'ha di più. Se si consultano i lavori preparatorï del codice francese, si troverà che nel progetto il secondo paragrafo dell'art. 722 formava l'art. 6 così concepito: « Si on ignore absulement quel est le plus âgé, la succession de chacun se défère comme si l'autre n'avaiet jamais exsté ». Ma il Thibaudin nel consiglio di Stato osservò su questo articolo « *qu'il n'exprimait qu'une règle de droit commun* (4). E il consiglio di Stato cancellò la proposizione dichiarativa di una regola di dritto comune come inutile, conservando la prima, che riportò nel precedente articolo. Talchè appare evidente che quelle presunzioni non racchiudono regole o principii di dritto comune, applicabili anche ai casi non previsti.

89. Un'altra grave disputa è sorta, se le presunzioni sieno applicabili quando non vi sia fra i commorienti reciprocità di voca-

---

(1) Zachariae, Aubry et Rau, t. 1, pag. 179; — Massé et Vergé, t. II, pag. 230.

(2) Duranton, t. VI, n. 46; — Toullier, t. II, n. 76; — Chabot sur l'art. 720; — Taulier, t. III, pag. 119.

(3) Demolombe, *Inst.* XIII, n. 114; — Marcadé, V, art. 722, V-31-32; — Demante, t. III, n. 22 bis; — Ducaurroy, Bonnier et Roustang, t. II, n. 402; — Laurent, VIII, n. 518.

(4) Fenet, t. XII, pag. 6-8.

Digitized by Google

zione ereditaria, e uno soltanto di essi sia erede presuntivo dell'altro. Una dottrina, pur sostenuta da gravi scrittori, propugna la risoluzione affermativa (1). Essa invoca la necessità delle presunzioni, e il Toullier scorge in queste vere regole generali di dritto, e il concetto che non trattasi di casi tassativi, ma enunciativi, onde l'enunciazione della reciprocità non escluderebbe il caso in cui la vocazione non sia reciproca. Una dottrina opposta nega l'applicabilità delle presunzioni e ricorre al dritto comune (2). Essa muove dal concetto opposto, che queste presunzioni non provengano da una necessità assoluta e non rappresentino principi generali di *ius commune*. A noi sembra però che l'ordine delle argomentazioni, col quale ciascuna teoria sostiene la propria tesi, non sia nè a proposito nè decisivo. Per noi, è una pura questione d'interpretazione della volontà legislativa: tutto sta a vedere se il legislatore abbia voluto comprendere soltanto l'ipotesi della reciprocità della vocazione ereditaria, o anche quella in cui la vocazione sia unilaterale, da parte di un solo, se cioè il legislatore *plus voluit quam dixit*. Ora, se l'esegesi della legge e le forme d'ermeneutica legale menassero al risultato che anche l'altra ipotesi si trova compresa e voluta, sarebbe inutile ricorrere ai concetti direttivi filosofico-giuridici, dai quali mosse il legislatore. E a noi pare che quest'altra ipotesi sia compresa nella presunzione, perchè il nesso giuridico della reciprocità non discende dall'interpetraztone logica e dottrinale come una condizione essenziale dell'applicabilità della *praesumptio iuris*.

La teoria che esclude le presunzioni estende le sue conseguenze anche al caso in cui la reciprocità sia esclusa dalla presenza di una disposizione testamentaria (3).

90. In fine, una questione più generale s'impegna nella dottrina e nella giurisprudenza francese: se le presunzioni degli articoli 722 e 723 sieno applicabili ad altre ipotesi ivi non prevedute,

---

(1) Toullier, t. III, n. 78 bis; — Duranton, t. V, n. 45; — Malpel, n. 16; — Vazeille, *sur l'art.* 722, n. 6; — Taulier, t. III, pag. 119.

(2) Demolombe, XIII, n. 112; — Marcadé, V, n. VI e VII; — Merlin, *Rép.*, v. *mor.*, chap. 1, § 2; — Chabot, sur l'art. 620, n. 7; — Favard, *Rép.*, V. *success.*, sect. 1, § 1, n, 6; — Ducorroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n. 402; — Demante, t. III, n. 22 bis, IV; — Massé et Vergé, sur *Zachariae*, t. II, pag. 236; — Laurent, t. VIII, n. 521.

(3) Marcadé, vol. V, n. VII, 35; — Demolombe, XIII, n. 116; — Ducorroy, Bonnier et Ronstaing, t. II, n. 403.

Digitized by Google

e la generalità di questa questione comprende anche la disputa sull'applicabilità delle presunzioni alle successioni testamentarie e alle donazioni, della quale ci siamo già occupati.

La dottrina è anche qui divisa in due campi. Una dottrina ammette l'applicabilità delle presunzioni ad altri casi, sostenuta da tutti quegli scrittori che le estendono, nell'esame delle questioni sopra discusse, oltre la loro formula legislativa, e le fondano sopra un concetto di necessità e sopra regole generali di dritto comune (1). Un'altra, movendo da concetti opposti, restringe la loro sfera di applicabilità ai casi tassativamente contemplati (2). Nondimeno, nel campo di questa seconda teoria, non mancano alcune incoerenze e dissensi nell'applicazione dei suoi principî.

Fra le ipotesi degli articoli 721 e 722 non sono previste due combinazioni: *a*) se dei commorienti alcuni abbiano meno di 15 anni, e altri più di 15 e meno di 60; *b*) ovvero che alcuni abbiano più di 15 e meno di 60 anni, e altri più di 60. Sulla risoluzione di queste due dispute si sono formate due teorie: una ammette la presunzione della sopravvivenza di chi aveva più di 15 e meno di 60 (3); e un'altra esclude l'applicabilità di ogni presunzione, e richiama il dritto comune (4). La prima ritiene che l'applicabilità risulti evidente e virtualmente dal concetto degli articoli 721 e 722; e la seconda, più rigorosamente logica, nega l'estensione delle presunzioni anche a quelle due ipotesi, perchè non contemplate. E contro la prima teoria è vivacissima la critica del Laurent: « Une présomption evidente, egli scrive, alors qu'il n'y a pas de texte! C'est une hérésie juridique tout ensemble et une inconséquence inexcusable ». Ma non pare che l'opinione contraria meriti così acerbo rimprovero, che il celebre scrittore belga rivolge direttamente al Demolombe: quella dottrina non intende foggiare a proprio talento una presunzione in assenza di alcuna disposizione di legge; non si tratta di una creazione arbitraria dell'interpetre, ma di una pura e semplice interpetrazione della latitudine della presunzione

(1) Specialmente il Toullier, t. III, n. 78; — Taulier, t. III, pag. 118.

(2) Demolombe, XIII, n. 110; — Marcadé, vol. V dal n. I al XIII; — Laurent, VIII, n. 518 e 519.

(3) Delvincourt, t. II, pag. 13, *notes* 1 et 2; — Toullier, t. III, n. 74; — Duranton, t. VI, n. 43; — Marcadé, V, n. II, 26; — Demante, t, III, n. 20; — Demolombe, XIII, n. 102.

(4) Laurent, VIII, n. 519.

Digitized by Google

già stabilita, dell' interpetrazione della comprensività del pensiero legislativo già formulato nella presunzione medesima. E sotto questo punto di vista, non ci pare irrazionale il concetto della maggior parte degli scrittori francesi.

Si è dato anche il caso di un intreccio fra la successione legittima e la testamentaria, e la dottrina applica le presunzioni, che, per necessità di logica giuridica, sono operative anche rispetto agli eredi testamentari, non potendosi ammettere, come osserva il Troplong, che la sopravvivenza di una medesima persona sia ritenuta per gli effetti della successione legittima, e negata per una donazione e un legato nella stessa successione (1).

Capo XV.

Dritto comparato.

91. Legislazioni che accolsero le presunzioni del dritto francese. — 92. Legislazioni che accolsero il principio opposto. — 93. Differenza nei sistemi di queste legislazioni. — 94. Critica di tali sistemi. — 95. Disciplina *in iure condendo*. — 96. Lavori preparatori sul § 20 del codice germanico. — 97. Prove ammissibili contro la presunzione. — 98. Dritto controverso. — 99. Precedenti legislativi del codice tedesco su questo punto. — 100. Nostra proposta.

91. Il sistema delle presunzioni costruite dal legislatore francese non solo ebbe vigore negli Stati che adottarono, quasi integralmente, il codice Napoleone, come nel Belgio, nel Baden, nel Regno di Napoli sotto il regno di Murat, nella Toscana, in Polonia, salvo le modificazioni apportate dalla legge 23 giugno 1825, ma anche in quegli Stati che nelle loro legislazioni riprodussero sostanzialmente le disposizioni di quel codice. Così furono, presso a che letteralmente, riprodotte nelle Leggi Civili del 1819 (articoli 641, 642 e 643), salva la presunzione generale dell' art. 640, cioè che, ignorandosi la morte di più persone, si presume morta sempre la più avanzata di età, presunzione che alcuni commentatori di quelle leggi credevano frustranea (2); e accolte con varie modificazioni e aggiunte nel codice parmense (articoli 866, 867 e 868), nel codice albertino (ar-

(1) Troplong, *don. et test.*, t. IV, n. 2124 et 2132; — Duranton, t. VI, n. 48 et 49; — Demolombe, XIII, n. 1.

(2) Cangiano, *Drit. positivo*, II, pag. 13.

Digitized by Google

ticoli 964 al 966), nel codice estense (articoli 939, 940, 941), nel codice ticinese del 1837 (articoli 157 e 158) e in quello del 1882 (arlicoli 205 e 206).

La principale modificazione che il codice parmense apportò all'istituto fu l'estensione delle presunzioni alla successione testamentaria (art. 866). Stabilì che fra persone al di sotto di 35 anni morte insieme, e del medesimo sesso, la presunzione della sopravvivenza stesse pel più avanzato in età, e se fossero al di là dei 35 anni, pel più giovane; che nella commorienza di persone aventi più di 35 e meno di 70 anni e di persone inferiori ai 14, si presumessero sopravvissuti i primi; che, nella commorienza di chi avesse oltrepassato i 70 anni e chi avesse sorpassati i sette, questi si dovessero presumere sopravvissuti, e premorti, se fossero al disotto dei sette anni (art. 867). Quando i commorienti fossero di sesso diverso, e non oltre i 14 anni, il maggiore di età si doveva reputare sopravvissuto; e se avessero oltrepassato i 14 e non i 35 anni, si doveva presumere sopravvissuto il maschio; e se avessero oltrepassato i 35 anni, quando vi fosse eguaglianza di età o la semplice differenza non eccedente il quinquennio, la presunzione di sopravvivenza stava pel maschio, e ove la differenza eccedesse il quinquennio, la presunzione stava pel più giovane (art. 868). Le medesime modificazioni, integralmente, passarono nel codice albertino e nel codice estense agli articoli sopra citati.

92. Una tendenza opposta alla costruzione di un così complesso intreccio di presunzioni si manifestò nelle altre legislazioni, e specialmente in quelle moderne. Il codice prussiano (*Preussischen Landrecht*, I, 1, § 39, andato in vigore dopo il 12 giugno 1792) abbandonò il sistema delle presunzioni di sopravvivenza, e stabilì che, se più persone perissero in un medesimo avvenimento o in un medesimo tempo, e non fosse possibile provare la priorità della morte di alcuno, si presumevano decedute nello stesso momento. Così dispose anche il codice svedese (cap. IV, art. 1); così il codice olandese (art. 818), e il codice del Cantone di Vaud (art. 510). E il codice austriaco: « Nel dubbio quale di due o più persone morte abbia cessato la prima di vivere, chi pretende la morte anteriore di una o dell'altra, dovrà provarlo; se poi egli non è in grado di provarlo, si presumeranno morte tutte ad un tempo, e non vi avrà luogo la trasmissione di dritti dall'una all'altra (§ 25) ».

Si è però disputato, nella dottrina e nella giurisprudenza austriaca, se, avvenendo la dichiarazione giudiziale di morte di due

Digitized by Google

persone perite in un medesimo infortunio in tempi diversi, in applicazione del § 278 di quel codice, potesse esistere una trasmissione di dritti, dovendosi considerare pel giorno della morte quello in cui passa in giudicato la sentenza di dichiarazione. Due opinioni si contendono il campo: una ammette la trasmissione, applicando il § 278 del codice, e un' altra la nega. Prevale quest' ultima opinione. Secondo noi, v' ha una ragione decisiva perchè debba prevalere. I due giudicati della dichiarazione di morte hanno valore unicamente pei fini della presunzione di morte della persona che contempla, e non sono operativi nel conflitto fra le due presunzioni, nella questione cioè di sopravvivenza e di trasmissibilità. Le due *fictiones iuris*, come tali, non possono valere fino al punto di stabilire la reale premorienza dell' una all' altra, perchè la trasmissibilità dei dritti, nel caso di commorienza, non si fonda sulla presunzione di sopravvivenza, ma sulla realtà che la persona dalla quale si pretende essersi trasferiti i dritti sia premorta a quella alla quale si sarebbero trasmessi. Inoltre gli scrittori di dritto positivo austriaco, che sostengono la teoria della non trasmissibilità, insegnono che il § 278 non si applicherebbe alle ipotesi del n. 3° del § 24, e confortano il loro argomentare col testo dei §§ 1 e 7 della notificazione governativa 22 maggio 1827, e con quello della notificazione 6 maggio 1846. Quest' ordine di argomentazioni però non ci sembra esatto di fronte al testo del § 278 esplicito, generale, comprensivo di tutte le ipotesi formulate nel § 24.

Nello stesso senso del codice austriaco dispone il codice sassone del 1860 (2007). L' identico sistema è stato seguito dal codice civile della Repubblica Argentina: « se più persone periscono in un disastro comune o in altra circostanza, senza che si sappia quale di esse sia premorta, si presume che sieno morte nello stesso tempo, e non si farà luogo a trasmissione ereditaria dall' una all' altra (art. 109) ».

Dei codici svizzeri alcuni seguono il sistema francese, e altri, il sistema tedesco (1). Seguono il sistema tedesco il codice del Cantone di Vaud (art. 510), del Cantone dei Grigioni (art. 14), del Cantone di Zurigo (art. 15); e segue il sistema francese il codice civile ticinese (art. 205 e 206).

Il codice civile spagnuolo (art. 33) ha del pari accolto il si-

---

(1) Huber, *Syst. u. Gesch. des Schweizerischen Privatrechts*, I, § 9.

Digitized by Google

stema germanico, e ha disposto che, se due o più persone chiamate reciprocamente a succedersi, nel dubbio quale di esse sia premorta, e si sostenga che la morte dell' una sia anteriore a quella dell' altra, devesi dare la prova; e che, in mancanza di prova, si presumono morte nello stesso momento, e non vi ha trasmissione di dritti dall' una all' altra. Una disposizione presso a che eguale contiene il codice portoghese (art. 1738),

Nell' impero russo, il Codice Baltico dichiara che, se più persone sieno morte in un medesimo avvenimento senza che si possa conoscere chi sia morta e chi sopravvissuta, si reputano perite nello stesso momento; e, in conseguenza non v' ha trasmissione di dritti dall' una all' altra (Cod. Bal. 2584). V' ha però un' eccezione nel caso di commorienza di un ascendente e di un discendente. In questa ipotesi quel codice costruisce una presunzione di premorienza: se il discendente sia minore di età, si presume morto prima dell' ascendente, e se maggiorenne, si presume sopravvissuto (Codice Bal. 2585). Nella Polonia vige il sistema francese. Nelle altre provincie dell' impero, vigono speciali consuetudini.

Il codice italiano ha del pari accolto il sistema dei codici tedeschi (art. 924), affermando il principio generale che, se fra due o più chiamati rispettivamente a succedersi è dubbio quale abbia pel primo cessato di vivere, chi sostiene la morte anteriore dell' uno o dell' altro, debba darne la prova; e disponendo che, in mancanza di prova, si presumono morte tutte ad un tempo, e che non v' ha luogo a trasmissione di dritto dall' una all' altra.

Le ragioni per le quali il legislatore italiano non accettò il sistema francese sono sintetizzate nella relazione Pisanelli. « Tali presunzioni, scriveva l' esimio giurista, che devono forse la loro origine all' interpetrazione erronea di un frammento del dritto romano, oltre che sono affatto arbitrarie, costituiscono una violazione non giustificata di quel principio giuridico secondo il quale chiunque reclama un dritto devoluto a una persona, la cui esistenza non sia riconosciuta, deve provare ch' essa esisteva quando si è fatto luogo alla devoluzione del dritto (1) ».

93. Una divergenza però è da notare in questo sistema. Alcuni codici, come l' austriaco (§ 25), il germanico (§ 20), l' argentino (§ 109), del Cantone dei Grigioni (art. 14), dichiarono il principio

(1) Relaz. Pisanelli, n. 120.

Digitized by Google

e costruiscono la presunzione di commorienza contemporanea in modo generale da valere in qualunque sfera di rapporti anche non ereditari, e altri, come l'italiano (art. 924), il portoghese (art. 1738), lo spagnuolo (art. 33), il Baltico (art. 2584), sembra che limitano l'uno e l'altro ai soli rapporti successorî. Ma ove ben si rifletta, l'estensione del principio e della presunzione non è in questi meno che in quelli. Invero, esclusa presunzione di sopravvivenza, il principio generale conserva il suo impero per tutte le forme e specie di rapporti, e, in caso in cui nessuna prova di premorienza sia possibile, la mancanza di questa prova produce lo stesso effetto della presunzione. Inoltre v'ha da aggiungere che in alcuni codici, come nell'italiano (art. 43) e lo spagnuolo (art. 195), è testualmente sanzionato il principio che chi reclami un dritto appartenente ad una persona di cui l'esistenza non è conosciuta, deve provare che quella esisteva nel momento della devoluzione del dritto: principio del resto esistente anche nel codice Napoleone (art. 135), nel codice albertino (art. 99), nel codice estense (art. 67), nel codice delle due Sicilie (art. 141), nel codice ticinese (art. 45).

94. Nell'abbandono del sistema francese delle presunzioni v'è necessariamente il richiamo di un principio generale, e nella dichiarazione che i commorienti, dei quali non si possa stabilire chi sia premorto, si reputino morti nello stesso tempo, una *praesumptio iuris*. Ora è d'avvertire che il richiamo del principio generale è inutile, perchè, non essendogli stato sostituito un principio contrario o difforme, la sua applicazione si chiariva inevitabile. Quanto alla presunzione, essa è del pari assolutamente inutile, perchè, essendo impossibile la prova della sopravvivenza della persona a quella dalla quale si opererebbe la trasmissione dei dritti, cioè nel momento della loro devoluzione, questa non avrebbe luogo.

I legislatori così hanno fatto cosa inutile o superflua, e sono incorsi in un comune e fondamentale errore giuridico: la costruzione di una presunzione che, alla stregua dei principî generali ammessi nel sistema probatorio, appare evidentemente non necessaria.

Non si può mettere in dubbio, sebbene vi sia stata disputa, che la considerazione di una commorienza contemporanea costituisca una vera e propria presunzione (1). Ma a canto di questa, ch'è la

(1) Pacifici-Mazzoni, *Success.*, I, n. 28; — *Ist.*, 3.ª ed., vol. VI, pag. 8; — Lomonaco, *Ist.*, III, pag. 186; — Filomusi-Guelfi, *Success.*, in *Dig. It.*, vol. XXII, p. 3.ª, n. 26.

Digitized by Google

comune opinione, altre due teorie si sono annunziate. Una nega all'ultima parte dell'art. 924 del codice italiano finanche il carattere di presunzione (1), e un'altra ritiene che mantenga il carattere più di una *fictio iuris*, che di una presunzione (2). Non é difficile chiarire che queste due ultime opinioni sono errate. Basta constatare che urtano contro il testo stesso dell'art. 924, che usa la frase tecnica « si presumono morti ». Oltre a ciò, i legislatori non fanno che dal fatto noto della morte, incontrata o in un medesimo torno di tempo o in un avvenimento da più persone, e dalla possibilità o dalla probabilità della contemporaneità di quella, costruire la presunzione che il decesso sia avvenuto nel medesimo tempo. Senonchè la presunzione è la più irrazionale e la più improbabile; più irrazionale e improbabile di quelle stabilite dal legislatore francese, perchè non è da sconoscersi come sia difficilissima, se non quasi impossibile, la commorienza nel medesimo attimo di tempo: basterebbe che la vita di uno si spegnesse un istante prima di quella dell'altro, per aversi la trasmissibilità dei dritti da quello a questo, quando siano rispettivamente chiamati a succedersi.

La dottrina italiana e straniera, elogiando spesso esageratamente il sistema tedesco, seguito senza molto lume di critica dagli altri legislatori e dagli scrittori di dritto in altre nazioni, i quali nell'imitazione delle escogitazioni germaniche ripongono il pregio delle loro dottrine, è tutta intenta a far risaltare l'utilità, l'opportunità, e diremmo, anche la necessità della presunzione. Si è detto che bisognava venire ad una regola certa, che si doveva togliere ogni incertezza al giudice, perchè non si arrestasse, secondo si esprime il Bekker, alla formola *rem sibi non liquere*, ma potesse venire alla determinazione di un avvenimento almeno presunto. E questi argomenti adduce il Filomusi-Guelfi di accordo con gli altri (3). Eppure il Bekker è proprio colui che rimprovera ai compilatori del codice tedesco di non aver tenuto in considerazione l'importanza giuridica delle *praesumptionis iuris* (4). Talchè l'unico vantaggio e differenza sarebbe in questo: che, mentre, sotto l'egida dei principî generali, la mancanza della prova dell'esistenza sarebbe la

(1) Bellavite, *Note di drit. civ.*, pag. 56.

(2) Ramponi, *Presunz.*, pag. 133.

(3) *Succes.* in *Dig. It.*, loc. cit., n. 28.

(4) *System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, pagg. 10-12.

Digitized by Google

causa della negata trasmissione dei dritti, colla creazione della presunzione, ne sarebbe questa la causa, determinata a sua volta da quella mancanza, e che l'assenza o l'impossibilità della prova costituirebbe uno stato giuridico positivamente presunto; e che l'una significherebbe pel giudice *rem sibi non liquere,* l'altra, che gli constasse presuntivamente la non soppravvivenza di chi si pretenda essere succeduto nei dritti del *de cuius.* Ma non è chi non avverta che unico è il risultato: il diniego della trasmissione dei dritti, o, per essere più esatti, il non riconoscimento giuridico di qualsiasi trasmissione dall'una all'altra delle persone defunte, delle quali non si sia potuta accertare la premorienza. Ora non è logico, nè correttamente giuridico, che, per ottenere l'identico fine, allo stato reale di incertezza e di dubbio il legislatore, di suo arbitrio, sostituisca una presunzione, non basata nè sulla necessità nè su dati di probabilità o sull'*id quod plerumque accidit,* e forse inverosimile.

Le presunzioni non si devono stabilire che in casi di necessità, e devono apparire non solo verosimili, ma grandemente probabili o probabilmente conformi al vero. Ma quando il fine ch'esse, in definitiva, raggiungono, può conseguirsi colla pura e semplice applicazione dei principî generali ammessi dallo stesso legislatore, riescono superflue, e, se sono sorrette da elementi di fatto improbabili o inverosimili, si chiariscono perfino assurde. Le presunzioni del codice francese, fatte segno alle critiche poco misurate e in gran parte irragionevoli delle dottrine che s'informano al dritto tedesco, almeno sono fondate sopra dati molto verosimili e veri, che le rendono probabilmente conformi alla realtà; ma quella escogitata dai legislatori tedeschi è addirittura contraria ad ogni seria probabilità e verosimiglianza. Nè essa giova meglio all'accertamento e alla sicurezza dei dritti, perchè, essendo una *praesumptio iuris tantum,* può essere rimossa da una prova contraria, come lo stato d'incertezza può essere chiarito colla medesima prova. E il giudicato funziona egualmente tanto nel caso della presunzione, che in quello dell'assenza di prova.

95. Per noi non v'ha che un dilemma *in iure condendo:* o accogliere le presunzioni del dritto francese, migliorandole e determinandole nella loro sfera di applicabilità, a seconda dei migliori suggerimenti di oltre un secolo di elaborazione dottrinale, o abolire, e sarebbe il miglior partito, ogni specie di presunzione su questo punto del dritto positivo. I dritti delle parti forse sarebbero

Digitized by Google

meglio tutelati alla luce dei principî generali. Nella grande farragine delle leggi moderne, ordinariamente poco studiate dai loro compilatori, preparate da persone incompetenti, quasi per niente ponderate dai legislatori che le votano, sarebbe necessario un lavorio di semplificazione e di sintesi.

96. Nel primo progetto del codice tedesco al § 4 si era proposto: 1.° che, se taluno fondava un dritto sulla vita o sulla morte di una persona, doveva provare l'una o l'altra; 2.° nell'incertezza se una persona, la cui vita o la cui morte non risultava certamente, fosse sopravvissuta a una delazione *mortis caussa*, si dovesse presumere l'esistenza fino al settantesimo anno della nascita, e la morte dopo quell'epoca. Ma in seconda lettura il § 4 fu soppresso. La Commissione osservò che la seconda parte della disposizione mancava di ogni fondamento di verosimiglianza, e che la prima parte, oltre ad essere pericolosa, era inutile. Era inutile, diciamo noi, bastando all'uopo i principî generali. Nel codice fu sanzionato il § 20 qui commentato.

97. Per la dimostrazione della premorienza ogni prova è ammissibile, non escluse le prove testimoniali e le *praesumptiones hominis*. Non sarà un fuor d'opera richiamare un caso fatto dal Pothier, e vedere se possa consentirsi, nella nostra legislazione e nelle altre che su questo appunto hanno accolto il sistema tedesco, la stessa risoluzione: in un incendio muoiono due persone, una nell'appartamento ove si è appiccato il fuoco, un'altra in un appartamento più lontano; in una battaglia, un soldato muore nell'avanguardia, un'altro, nella retroguardia: si domanda se possa presumersi la sopravvivenza di chi è morto nell'appartamento più lontano, nel caso dell'incendio, o del soldato della retroguardia. Il Pothier (1) risponde affermativamente, e lo segue il Filomusi-Guelfi (2).

Noi non accettiamo questa opinione, perchè non può ritenersi assolutamente certa la premorienza degli uni agli altri: nell'incendio non è da escludersi che chi si trovava nell'appartamento ove sorse l'incendio abbia tentato sfuggire alla morte e abbia resistito più dell'altro, e che il decesso di costui sia stato più fulmineo e immediato; e nella battaglia, non è improbabile che il soldato della retroguardia sia premorto a quello dell'avanguardia.

(1) *Success.*, chap. III, § 1.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

e che le sue ferite sieno state immediatamente mortali, laddove quelle del soldato combattente in prima fila lo abbiano lasciato in vita per un maggior tempo: tutto dipende dalle circostanze di fatto, apprezzabili da caso a caso. Stabilire una presunzione giuridica o dedurre, in ogni caso, da quella posizione, la prova della sopravvivenza è pericoloso e inesatto. Potrà nondimeno quella speciale situazione di cose servire come un elemento di prova, importante, nella valutazione di tutte le circostanze probatorie ma non è assolutamente decisiva per sè stessa in qualunque ipotesi.

98. Riguardo all'età e allo stato di salute delle persone perite, si sono escogitate due dottrine: la prima vorrebbe ricavare dalla considerazione dell'una e dell'altro il convincimento dell'anteriorità della morte di una persona un'altra (1); e la seconda nega loro ogni valore di elementi decisivi: in sostanza, l'una scorge nell'età e nel sesso elementi per assurgere a una presunzione *hominis* dell'anteriorità della morte, e l'altra esclude in essi anche questo carattere di *praesumptio hominis*, perchè il legislatore avrebbe inteso togliere, per quanto era possibile, le difficili questioni sulla priorità della morte e sulla sopravvivenza (2), e, sostituendosi alle *praesumptiones iuris* quelle semplicemente *hominis*, non si farrebbe che sostituire alla volontà, sia pure arbitraria, del legislatore l'arbitrio e l'apprezzamento del giudice. Non possiamo accogliere nè l'una nè l'altra teoria. La prima è inesatta, perchè, dando una decisiva importanza a quelle stesse circostanze che servono di base alle presunzioni *iuris* del legislatore francese, le fa funzionare, sotto forma di *praesumptiones hominis* prestabilite e come norme al magistrato, colla medesima efficacia e importanza delle *praesumptiones iuris:* così lo scopo legislativo non solo sarebbe invanito, ma apertamente contraddetto. È inesatta la seconda, perchè, se quelle circostanze non possono valere come norma certa e sicura pel magistrato, dalle quali debba dedurre, per via di presunzioni *hominis* prestabilite, l'anteriorità della morte e la sopravvivenza è innegabile che debbono avere e hanno sull'animo del magistrato giudicante una importanza non lieve, come elementi o circostanze di fatto, che, se non sono da sole decisive e atte a determinare il suo convincimento per la priorità della morte, possono potentemente contribuire, a seconda della loro speciale gravità e armonia con

(1) Pacifici-Mazzoni, *Success.*, I, pag. 54; — *Ist.*, 3ª ed., vol. VI, n. 1.
(2) Filomusi-Guelfi, Loc. cit.

Digitized by Google

tutte le altre circostanze, a determinarlo. Invero nessuno mai può sconoscere che, fra tutte le circostanze di fatto, quelle che costituiscono la base delle presunzioni francesi sono le più influenti e le più decisive. Quindi, malgrado gl'insegnamenti teorici dei giuristi, nell'esame e nella valutazione degli elementi e degl'indizi, si avrà in pratica non lieve riguardo a quelle circostanze.

99. Nel primo progetto del codice tedesco era stata proposta, come si è testè notato, la seguente disposizione: « Che una persona sia viva o morta, o che in un dato tempo essa sia vissuta o no, chi su questi fatti fondi un suo dritto, deve provarli. Essendo incerto se la persona, la cui vita o la cui morte non risulti con certezza, sia sopravvissuta a una delazione a causa di morte, si presume che quella persona sia vissuta fino al 70° anno, ma che non sia più vissuta dopo la detta epoca »,

Questa diposizione formava il § 4; ma nel secondo progetto fu soppressa, e nel codice comparve la norma qui commentata.

100. Per noi, ogni presunzione si dovrebbe abolire: la prova dell'esistenza dei fatti e degli avvenimenti, sui quali si fondano i dritti, dovrebbe essere sottoposta alle norme del dritto comune. Chi pretende un dritto deve provarne l'esistenza e però le condizioni essenziali della sua esistenza. E più corretto che abbia impero il dritto comune in tutto il suo logico svolgimento. La giurisprudenza così diviene coerente, esatta, informata, quanto più sia possibile, ai principî sommi del sistema giuridico, e la dottrina meglio può spargere luce sui rapporti giuridici ed elevarsi a maggiore altezza.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ARCHIVIO GIURIDICO "FILIPPO SERAFINI"

DIRETTO DA

ENRICO SERAFINI

PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI MODENA

Esce in fascicoli bimestrali di pagine 200, in modo da formare due volumi all'anno.

Ogni volume è corredato da un copioso *Indice alfabetico delle materie,* oltre che dell'*Indice sommario* di ogni puntata.

L'associazione è annuale al prezzo di L. **20** (Fr. **24** per l'Estero). Ogni fascicolo separato costa L. **5** (Fr. **6** per l'Estero).

Le associazioni si ricevono presso l'**Amministrazione dell'Archivio giuridico** in **Modena** (17, Corso Umberto I).

La pubblicazione della Nuova Serie si è iniziata nel 1898.

☛ Tous les ouvrages de Droit public et privé, d'Economie politique, de Science financière, de Philosophie du droit, de Sociologie, d'Histoire du droit, d'Antiquités grecques et romaines déposés à la *Direction de l'Archivio giuridico* à **Modena** (Italie) seront l'objet d'un compte-rendu ou d'annonces. Les ouvrages scientifiques dont **deux** exemplaires auront été déposés seront **certainement** l'objet d'un *compte-rendu* analitique et critique. L'un des deux exemplaires sera par la Direction donné a M. l'auteur du *compte-rendu.* ☚

Digitized by Google

BIBLIOTECA DELL'ARCHIVIO GIURIDICO

« FILIPPO SERAFINI »

Vol. I. — SERAFINI FILIPPO: **Scritti minori** raccolti e pubblicati da Enrico Serafini. Parte prima: SCRITTI VARII. 1901. In-8°. Prezzo L. **10.**

Vol. I. — Parte seconda (in corso di stampa).

Vol. II. — SOLMI ARRIGO: **Stato e Chiesa secondo gli scritti politici da Carlomagno fino al Concordato di Worms (800-1122).** 1901. In-8°. Prezzo L. **7.**

Vol. III. — ARNÒ CARLO: **Le obbligazioni divisibili ed indivisibili.** 1901. In-8°. Prezzo L. **12.**

Vol. IV. — ROCCO ARTURO: **Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale** (*di imminente pubblicazione*).

Vol. V. — NAVARRINI UMBERTO: **Studii sull'azienda commerciale** (vendita, usufrutto, pegno, locazione). 1901. In-8°. Prezzo L. **5.**

Vol. VI. — COPPA-ZUCCARI PASQUALE: **Il deposito irregolare.** 1901. In-8°. Prezzo L. **8.**

Vol. VII. — LUSIGNANI LUIGI: **La responsabilità per custodia secondo il diritto romano** (in corso di stampa).

Vol. VIII. — CAMMEO FEDERICO: **I monopoli comunali** (in corso di stampa).

Vol. IX. — ARANGIO-RUIZ GAETANO: **Il diritto di stampa** (*di imminente pubblicazione*).

MODENA, presso la Direzione dell'Archivio giuridico
17, Corso Umberto I (già Canalgrande)

SOCIETÀ TIPOGRAFICA MODENESE, 1902.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google